

**LUIZ ANTÔNIO DOS SANTOS BEZERRA**

**TEMPO, DIREITO E PROCESSO**

**(BASES FILOSÓFICAS E POLÍTICAS PARA AS TUTELAS DE URGÊNCIA)**

**CURITIBA - PARANÁ**

**2005**

**LUIZ ANTÔNIO DOS SANTOS BEZERRA**

**TEMPO, DIREITO E PROCESSO**

**(BASES FILOSÓFICAS E POLÍTICAS PARA AS TUTELAS DE URGÊNCIA)**

**Tese apresentada como requisito  
parcial para a obtenção do grau de  
Doutor em Direito das Relações Sociais  
junto à Universidade Federal do Paraná  
– UFPR.**

**Orientador: Prof. Dr. LUIZ GUILHERME  
MARINONI BITTENCOURT (UFPR)  
Co-orientador externo: Prof. Dr.  
NELSON NOGUEIRA SALDANHA  
(UFPE)**

**CURITIBA - PARANÁ**

**2005**

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**NOME: LUIZ ANTÔNIO DOS SANTOS BEZERRA**

**TÍTULO: TEMPO, DIREITO E PROCESSO**

**(BASES FILOSÓFICAS E POLÍTICAS PARA AS TUTELAS DE  
URGÊNCIA)**

**TESE APROVADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENÇÃO  
DO GRAU DE DOUTOR NO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM  
DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS – SETOR DE CIÊNCIAS  
JURÍDICAS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ – PELA  
SEGUINTE BANCA EXAMINADORA:**

---

---

---

---

---

**Aos meus pais**

***À minha esposa***

***Moacir e Gildete***, pelo que me legaram, no exemplo que ambos deixaram em minha lembrança;

**Aos meus filhos** ***Valdice***, pelas imensas virtudes que tem, dentre as quais destaca-se a paciência para com os meus inúmeros defeitos;

**E ao meu irmão** ***Aline, Ana Carolina e Rafael***, pela beleza de serem fruto de uma vida esforçada.

***Paulo César***, pelo apoio que sempre deu aos meus estudos e pela pertinência intelectual.

## **DEDICATÓRIA**

**Agradeço, penhoradamente**

**Coordenadores do Curso de Pós-graduação em direito da UFPR;**

**E aos Reitores da UESC**

**Professores *René Albagli Nogueira e Joaquim Bastos;***

**Também agradeço muito**

**Àqueles que fazem em silêncio altruista o cumprimento do dever: *Sandra Maciel, Laura da Silva, Fátima Paim, Maria Cristina Schultz, Marcelo Blitzkow e Rita de Cássia Souza* (bibliotecária).**

**Agradeço ainda aos  
mais que amigos**

***Edson Malachini e Vera Lúcia, Ricardo e Suzane, Rabelo e Vânia, Manoel Caetano e Luciana;***

**Um enorme agradecimento aos  
meus orientadores**

**Professores Doutor *Luiz Guilherme Marinoni Bittencourt* e Doutor *Nelson Nogueira Saldanha.***

**AGRADECIMENTOS**

**Aos Professores Doutor *Jacinto Nelson de Miranda Coutinho* e Doutora *Aldacy Rachid Coutinho,***

*Todo saber, como todo actuar del hombre, se constituye en el tiempo: no el tiempo cuantitativo y matemático, sino el tiempo, que no conoce retorno, de nuestra experiencia cotidiana. Tampoco el saber jurídico escapa a la necesidad del tiempo, lo considere o no una característica suya.*

(BRETONNE, Mário. *Derecho y tiempo en la tradición europea*. México: Fondo de cultura econômica, 1999, p. 8)

*La Temporalidad se identifica a la substancia originaria del Derecho, por lo mismo que es la substancia íntima del hombre. Sin la Temporalidad, el Derecho carecería esencialmente de significado. Sólo proyectándose, desde el ser originario, a través de ese Tiempo que se temporaliza, es posible, al fin, el conocer lógico mediante el cual lo aprehendemos en el Mundo; conocer que deriva de aquel outro que es, también por la Temporalidad, no razonando, sino existiendo. Podemos igualmente afirmar del Derecho, que la existencia se trasciende en él, temporalizándose, bajo una especie de causa, previa a toda causa verdadera, y que es la libertad.*

(CARNELLI, Lorenzo. *Tiempo y derecho*. Buenos Aires: Lavallo, 1952, p. 188)

*Le temps du procès ne résulte cependant pas uniquement de règles processuelles. Le procès doit régler un litige. La matière litigieuse impose le rythme des procédures. Son étude a montré que le temps est évolutif et ne se réduit pas à l'instant de la demande en justice. La matière litigieuse est une matière vivante qui ne peut se figer au début du procès. La procédure doit donc intégrer les évolutions du litige qui résultent de l'activité des parties, du juge ou encore d'un changement de législation. La continuité du traitement du litige permet ainsi de remettre en cause le principe d'immutabilité du litige et de réaffirmer la conception de la voie d'appel comme voie d'achèvement des litiges.*

(AMRANI-MEKKI, Soraya. *Le temps et le procès civil*. Paris: Daloz, 2002, pp. 511/512)

O presente trabalho tem como motivação o fato de se debater, na área jurídica, problema relacionado com a efetivação dos direitos juridicamente tutelados ou tuteláveis. A questão toma relevo já na necessidade de que sejam tuteladas juridicamente novas demandas sociais, perpassadas por todos os elementos da condição humana e sem perder de vista o modelo (ou a sua falta) que, nesta virada de século, deve justificar, organizar, indicar caminhos e sugerir objetivos a todo processo de saber e a todo agir do ser humano. A atual passagem paradigmática tem ensejado dificuldades tanto no sentido técnico-jurídico como no que se refere à obtenção dos resultados desejados e desejáveis, ressaltando-se, neste sentido, aquilo que diz respeito à presteza na efetivação do direito. À variedade e à circunstancialidade práticas, deve-se impor a unicidade e a estabilidade teóricas, sob pena de se incorrer em anarquismo epistemológico ou, no mínimo, em uma espécie de epistemologia ocasional que, a rigor, não altera o mal-estar vivenciado.

Na denominada ciência processual, o problema reside na construção de instrumentos adequados à tutela dos direitos, reclamando uma plasticidade que possa qualificar a tutela jurisdicional suficiente para o atendimento das mais diversas situações jurídicas, no tempo reclamado pelos beneficiários do contido nas regras de direito. Uma solução para o impasse pode ser encontrada na concepção processual das denominadas tutelas diferenciadas, notadamente, naquelas ditas tutelas de urgência. Para tanto, o estilo filosófico e as escolhas políticas se apresentam como inegáveis bases de fundamentação e efetivação.

Saber-se do tempo necessário e adequado para a uma atividade exige a compreensão do que possa ser o tempo e, deste, as dimensões de sua conceitualidade, notadamente naquilo que pode ser compreendido como morosidade e duração. Procurar a sua satisfatividade social demanda enquadramento político dos variados anseios da comunidade destinatária da jurisdição.

A eficácia do direito exige uma eficiência da jurisdição, que não dispensa a efetividade da tutela jurisdicional. Nesta seqüência de exigibilidades, enquadra-se como imperiosa a questão da temporalidade jurídica, da temporalização do Poder Judiciário e da atualização política e conceitual do processo como instrumento da jurisdição. E se morosidade é um conceito negativo, com o significado patológico de desatendimento à aceleração na realização do direito objeto do conflito de interesses, certo é, por outro lado, que a pressa descabida se equivale ao problema da demora. Há que ser encontrado o exato tempo do direito, o momento certo de tutelá-lo. Como se vê, por uma delimitação o mais adequadamente possível do binômio tempo e política.



## RÉSUMÉ

Ce travail a comme motivation le fait qu'on débat, dans le champ juridique, le problème qui a des rapports à l'effectivité des droits juridiquement en tutelle ou qui peuvent être en tutelle. La question se relève déjà de la nécessité que des nouvelles demandes soient en tutelle juridique et qu'elles soient traversées par tous les éléments de la condition humaine et sans perdre de vue le modèle (ou sa manque) qui, dans ce passage d'un siècle à l'autre, doit justifier, organiser, indiquer des chemins et suggérer des objectifs à tout le processus de savoir et à tout l'agissement de l'être humain. Le passage actuel paradigmatique a présenté des difficultés autant dans le sens techno-juridique que dans ce qui se rapporte à l'obtention de résultats désirés et désirables, en saillant, dans ce sens, ce qui concerne à la promptitude dans l'accomplissement du droit. A la variété et au caractère circonstanciel pratiques, on doit imposer l'unicité et la stabilité théoriques, sous peine de tomber au milieu d'un anarchisme épistémologique, ou, à moins, dans une sorte d'épistémologie occasionnelle qui, à la rigueur, ne change pas la malaise vécu.

Dans la nommée science du procès, le problème demeure dans la construction d'instruments adaptés à la tutelle des droits, en demandant une plasticité qui peut qualifier la tutelle juridictionnelle suffisante à l'attente des plus diverses situations juridiques, dans le temps exigé par le bénéficiaires du sujet des règles de droit. Une solution pour l'impasse peut être trouvée dans la conception du procès des dites tutelles différenciées, surtout dans celles qui sont nommées tutelles d'urgence. Pour cela, le style philosophique et les choix politiques se présentent comme des bases incontestables de fondement et d'effectivité.

Pour savoir le temps nécessaire et convenable pour une activité, il exige la compréhension sur qui peut être le temps et, d'après lui, les dimensions de sa conceptualisation, surtout dans ce qui peut être compris comme lenteur, vitesse et durée. Rechercher sa actio même de satisfaire le besoin de quelqu'un sociale demande un encadrement politique des divers désirs de la communauté destinataire de la juridiction.

L'efficacité du droit exige une efficience de la juridiction qui n'exempte pas l'effectivité de la tutelle juridictionnelle. Dans cette séquence d'exigibilités, on encadre comme impérieuse la question de la temporalité du Pouvoir Judiciaire et l'actualisation politique et conceptuelle du procès comme un instrument de la juridiction. Et si la lenteur est un concept négatif, avec le signifié pathologique de non-attente à l'accélération dans la réalisation du droit, objet de conflit d'intérêts, il est certain, d'un autre côté, que la vitesse inconvenante a la même valeur que le problème de la lenteur. Il faut trouver le temps exact du droit, le moment sûr pour faire la tutelle. Comme l'on peut voir, par une délimitation, la plus convenable possible, du binôme temps et politique.

## SUMÁRIO

<b>DEDICATÓRIA</b>	<b>IV</b>
<b>AGRADECIMENTOS</b>	<b>V</b>
<b>EPÍGRAFE</b>	<b>VI</b>
<b>RESUMO</b>	<b>VII</b>
<b>RÉSUMÉ</b>	<b>VIII</b>
<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>Capítulo I – TEMPO E DIREITO</b>	<b>18</b>
1. 1. Concepções históricas e fundamentais acerca do tempo	18
1. 2. Estrutura paradoxal do tempo	31
1. 3. A dupla dimensionalidade do tempo	36
1. 4. O direito em concepções estática e dinâmica	40
1. 5. Temporalidades jurídicas fenômeno-hermenêuticas	43
1. 6. Presentalidade semântica do direito	53
<b>Capítulo II – TEMPORALIZAÇÃO DO DIREITO</b>	<b>58</b>

2. 1. Aplicação do direito: dialética, interpretação e síntese jurídicas .....	58
2. 2. Eficácia hermenêutica do direito .....	65
2. 3. A institucionalização da eficácia jurídica .....	73
2. 4. Aparência, temporalização e representação histórica do direito .....	79
2. 5. Objetivação, subjetivação e o problema da efetivação .....	89
2. 6. Cronologia do direito: instante, duração e estoque jurídicos .....	96
2. 7. A sujeição do direito ao tempo e a temporalização jurídica .....	103
2. 8. Projeção do direito e expectativa jurídica .....	112

### **Capítulo III – POLITICIDADE JURÍDICA .....** 120

3. 1. Pensamento político, direito natural e direito estatal .....	120
3. 2. Dignidade, intuição e técnica jurídicas .....	132
3. 3. Direito ética e politicamente justo .....	140
3. 4. Nova academia jurídica: do probabilismo ao convencionalismo .....	164
3. 5. Institucionalidade e unidade jurídicas .....	173
3. 6. Onipotência do direito e tutela de direitos .....	176

### **Capítulo IV – DIREITO, PROCESSO E TUTELAS DE URGÊNCIA .....** 180

4. 1. Direito e razão prática .....	180
4. 2. A fundamentalidade instrumental do direito .....	184

4. 3. Ôntica e ontologia processual .....	195
4. 4. Direito, processo e tutela .....	199
4. 5. Tutela jurídica e tutela jurisdicional .....	209
4. 6. Tutelas jurisdicionais diferenciadas .....	214
4. 7. Tutelas de urgência .....	219
4. 7. 1. Considerações conceituais .....	220
4. 7. 2. Elementos filosófico-conceituais .....	224
4. 7. 3. Elementos político-concretizadores .....	229
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>236</b>
5. 1. Fundamentos conclusivos .....	236
5. 2. Posição conclusiva .....	237
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>239</b>
6. 1. Referências bibliográficas .....	239
6. 2. Bibliografia consultada .....	259
<b>INTRODUÇÃO</b>	

Tudo parece mesmo girar em torno do conhecimento. Sua possibilidade, seu pressuposto, sua constituição, sua estrutura, seu objeto, sua configuração teórica. Neste último caso, a teoria do conhecimento, definida por Johannes Hessen como “a teoria do pensamento *verdadeiro*, por oposição à lógica, definida como teoria do conhecimento *correto*”.<sup>1</sup> Afinal de contas,

A teoria do conhecimento busca compreender o pensamento humano em sua referência objetiva, em seu relacionamento com os objetos. A relação de todo

pensamento com os objetos é o objeto formal da teoria do conhecimento. Por isso a descrevemos também como teoria do conhecimento verdadeiro.<sup>2</sup>

Prosseguindo, Hessen chama atenção para o fato de que ao lado de uma teoria especial do conhecimento – comportando o pensamento relacionado com os objetos em sua configuração elementar, categorial – há que se impor uma procura pela teoria geral do conhecimento, perseguindo-se, destarte, uma fundamental e universalizante relação pensamento-objeto, investigando o ser, a sua ontologia, método que, a despeito das evidentes dificuldades a ser enfrentadas, abre-se como porta ideal para a composição dos diversos matizes que as variadas proposições do conhecimento categorial pode suscitar.

A teoria do conhecimento propugna, a partir do modelo formulado pelo programa de modernidade, não apenas o alcance de um saber com *status* científico, mas, sobretudo, uma prática e uma qualidade tal que o objeto do conhecimento o disponibilize a uma eterna progressividade, a um indeclinável e efetivo aperfeiçoamento, seja no sentido linear e evolucionista de busca incessante de coerência e definição, seja no sentido circular de retomadas e reciprocidades.

Ocorre que o progresso tem sido conduzido em um sentido único ou predominantemente quantitativo, e, suspeitando-se que assim dada a sua abordagem superficial e circunstancializada, eis que se mostra conveniente identificar fundamentos para que o progresso científico aporte em concepções alternativas à nadificação (niilismo) e/ou à desordenação (caos), que, respectivamente, as recentes propostas da teoria quântica e dos estudos em termodinâmica encerram. Fernando Velasco contribui para tal necessidade, nos seguintes termos:

(...) o progresso não implica nem supõe ruptura violenta com o passado, como tampouco se pode considerar como progresso, sem mais, a mera mudança quantitativa, ou o mero aumento de quantidade. Não há verdadeiro progresso se o progresso econômico, técnico e material não estiver acompanhado pelo progresso moral, vale dizer, da perfeição humana; por isso, o progresso não se conclui jamais.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 13.

<sup>2</sup> IDEM, p. 133.

<sup>3</sup> VELASCO, Fernando. Progresso. In: VILLA, Mariano Moreno. **Dicionário de pensamento contemporâneo**. São Paulo: Paulus, 2000, p. 618.

Muito pelo exposto é que, partindo das idéias denunciadas por Gustave Flaubert na obra *Madame Bovary*, João Gabriel de Lima critica o modo paralisante pelo qual os clichês das premissas quantitativamente alcançadas têm imposto ao progresso científico, espécies de “falsas unanimidades que atrapalham a vida das nações e dos indivíduos”.<sup>4</sup> Tal se dá, no entender de mencionado crítico, por conta das “visões ideológicas ultrapassadas, do conformismo intelectual, da incompetência ou da simples e pura preguiça de pensar”.<sup>56</sup> Estacionando na psicologia de Aaron Beck, conclui que, “como o cérebro humano não é capaz de analisar detalhadamente cada situação, ele cria alguns esquemas prévios e se vicia neles”.<sup>7</sup> E arremata: “Às vezes esse vício é tão forte que o cérebro deixa de levar em consideração os dados da realidade, criando as ‘distorções cognitivas’”.

Tanto pelo invento como pela descoberta, os seres humanos, munidos da idéia factícia (elícita ou comandada), indicam ações mínimas que os conduzam ao pretendido, por uma via o mais rápido e economicamente possível, pautando-se em – repita-se, por necessário – práticas e conceitos qualificadores de um ótimo procedimental e material que não implique somente no fim colimado, mas, também e mais ainda, quanto ao esforço para tal desiderato. Na primeira hipótese, cuida-se de políticas adotadas para chegar ao desejado; na segunda, o nível de aperfeiçoamento atingível ou atingido. Como se infere, a questão perpassa os fundamentos da política (no sentido específico da procedimentalidade), mas também os da filosofia, dada a necessária especulação acerca de sua qualificação. No caso do direito, tal não se dá diferentemente.

De fato, pode-se partir da chamada dogmática, exatamente no que se convencionou chamar aplicação do direito – que Roberto Piragibe da Fonseca relacionou como um dos elementos da ciência do direito<sup>8</sup> – para não se ter dúvida de que em sua categorização formal (tutela jurisdicional do direito suscitado), impõe-se uma crescente configuração tanto no sentido cognoscente como no aspecto

---

<sup>4</sup> LIMA, João Gabriel de. Idéias que paralisam. In: **Revista Veja**. Edição 1898. Ano 38. Nº 13. São Paulo: Editora Abril, 2005, p. 52.

<sup>5</sup> IDEM, p. 52.

<sup>6</sup> IDEM, p. 52.

<sup>7</sup> VELASCO, Fernando. Ob. cit., p. 53.

<sup>8</sup> FONSECA, Roberto Piragibe da. **Breviário de principiologia jurídica**: introdução do estudo do direito. Rio de Janeiro: [produção independente], 1958.

procedimental. Notadamente no que se refere aos anseios de efetivação do direito no tempo que lhe seja adequado.

Além da aludida tendência à quantificação, outro problema que se apresenta é a busca por antecipação de possíveis experiências futuras que se imaginam agradáveis e desejáveis, imprimindo-se uma urgência na vinda ao momento atual de algo imaginável como ocorrência a ser futuramente experimentada. Com o sugestivo título de “Viver agora, pagar depois”, Carina Nucci nos premia com uma conceituação curiosa para os juros que não meramente monetário, nos seguintes termos:

A vaidade também cobra juros: quando nos dispomos a cumprir certas dietas rigorosas, a única explicação é que o benefício de ver no espelho uma silhueta mais magra compensa os juros pagos pela privação drástica das calorias. Fisiologicamente, o corpo torna-se agiota de si mesmo, pois, na falta de gordura para queimar, passa a consumir os músculos e outros tecidos para continuar vivo. (...). O próprio envelhecimento humano corrobora essa tese. Segundo o biólogo inglês William Hamilton, o envelhecimento é o pagamento de juros que o corpo é obrigado a fazer por ter consumido energia em excesso durante a juventude.<sup>9</sup>

Portanto, além da quantidade preferindo à qualidade, vê-se a antecipação como metodologia para o atual processo do conhecer. E isto parece mesmo disciplinar os critérios da atual epistemologia.

Procura-se, com este trabalho, responder a indagações acerca dos provimentos jurídico-processuais conhecidos como tutelas jurisdicionais de urgência, marco destacado para a efetivação do direito. Não se cuida, aqui, de elaborar e defender posição técnico-instrumental, mas de indicação da necessidade de serem perseguidos fundamentos que, bem desenvolvidos, suportem as opções desejáveis para a necessária efetividade jurídica.<sup>10</sup>

Já pelo tema – tempo, direito e processo – e as suas variações – bases filosóficas e bases políticas para as tutelas de urgência – vem indicado o problema formulado, consistente em saber acerca do tempo que qualifique o direito como justo

---

<sup>9</sup> NUCCI, Carina. Viver agora, pagar depois. In: **Revista Veja**. Edição 1898. Ano 38. Nº 13. São Paulo: Editora Abril, 2005, p. 90.

<sup>10</sup> Diz-se efetividade jurídica com o significado de atribuição, ao próprio direito, de qualidade que o disponibilize aos mais variados anseios jurídicos.

e se a sua compreensão se dá pelos vestígios investigativos (filosóficos), conducentes a superficialidades epistemológicas caracterizadas, na área jurídica, por conceitos como verossimilhança e sumarização, e/ou pelas conveniências e possibilidades práticas (políticas) que, também no sentido jurídico, são estudadas como possibilidade e conveniência prática.

Como técnica de socialização do conhecimento em torno do tema – adequada e conveniente aos estudos em nível de doutorado, notadamente por sua necessária submissão avaliativa e objeção – procurou-se um não distanciamento teórico do que foi possível dispor como acervo bibliográfico, cuidando-se, com a ajuda de dicionários específicos e leituras com um mínimo de cuidado, expor cada assunto observando a sua contextualização, cotejando-os com algumas opções paralelas ao exposto.

Buscar uma fundamentalidade que supere, ou, pelo menos, minimize as dificuldades encontradas na efetivação do direito, tem-se mostrado, pelo até aqui desenvolvido no seio da técnica processual, justificativa para o presente estudo, no sentido de que parece mesmo residir na temporalização e politização as bases mais consolidadoras da efetividade jurisdicional e dos anseios de justiça, sem olvidar-se de reformulações metodológicas nas bases de suas concepções.

Tempo e política, fundamentalidade e estratégia que se acredita indispensáveis à efetivação do direito, interessando, portanto, ao problema a ser enfrentado. Afinal de contas, como encontrar um tempo que não enseje a injustiça da efetivação tardia do direito, e, por outra direção, não colocando ou diminuindo os riscos de injustiça que a pressa costuma encetar, este um dos dilemas atuais que os juristas têm que enfrentar.

Espera-se que tanto o tempo como a política, respectivamente, sirvam, como elementos de profundidade especulativa e de circunstancialidade estratégica, aos temas relacionados com a efetivação do direito pela via das tutelas jurisdicionais urgentes, residindo nisto a justificação para o presente estudo.

Estando os objetivos gerais da pesquisa o de equacionar uma temporalidade própria para o direito, ao lado de uma política que se adeque às suas premissas teóricas e à sua consecução prática, eis que especificamente o estudo



procura por elementos da filosofia que viabilize propostas de temporalização e politização da justiça enquanto item do direito.

Nestes termos, abdicou-se da tendência analítica até então abraçada por aqueles que, mesmo em questões filosóficas, tendem a percorrer, optando-se por uma metodologia que não dispense nenhuma das possibilidades teóricas que possam contribuir para o quanto pretendido, mesmo aquelas que, pela via analítica, possam ser tidas como antagônicas ou inconciliáveis. Não é por outra razão que o estudo traz abordagens fenomenológicas, de tendência sintética, portanto.

Inicialmente, impôs-se compreender a qualidade jurídica afetante e afetada pelo tempo, mostrando-se conveniente e necessário observar as relações entre o tempo e o direito – Capítulo I –, observando-se nas concepções históricas, estruturais e dimensionais do tempo as dimensões estático-dinâmicas do direito, a sua temporalidade fenomenológico-interpretativa e a sua presentalidade semântica. Depois, houve-se pela necessidade de compreender a temporalização do direito – Capítulo II – como elemento institucional de sua eficácia, já que a cronologia jurídica se insere como elemento basilar da projeção e da expectativa histórica do direito. É que, de acordo com o pensamento de François Ost, do direito se exige, nos dias vivenciados, uma qualidade tal que o credencie a, na dependência das novas demandas sociais, desligar ou ligar o passado, desligar ou ligar o futuro.<sup>11</sup>

No Capítulo III a questão que relaciona o direito como dignidade onipotente para a tutela de direitos foi realçada, observando-se que o probabilismo e o convencionalismo jurídicos, fortes elementos da efetivação das regras de direito, reclamam uma politicidade jurídica como base para a sustentação de que o problema da causa única tem evidente base supersticiosa. Por outro lado, de que a noção de Nova Academia qualifica as regras de direito para o manejo da conformidade ou adequação dos meios, da exigibilidade ou necessidade de efetivação dos seus dispositivos, e da ponderação, todos formadores da álea denominada princípio da proporcionalidade.

Na última parte – Capítulo IV – o estudo afunila o debate estudando o processo, em sua expectativa tutelatória das regras de direito, pairando sobre as

---

<sup>11</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: EDUSC, 2005.

denominadas tutelas de urgência, espécie do gênero tutelas diferenciadas, observando que, neste particular, o direito deve assumir uma plasticidade necessária para atender aos reclamos tutelatórios dos objetos de suas regras, remetendo-se aos fundamentos filosóficos (teóricos) e políticos (práticos). É aqui que se propõe, embora não explicitamente, espécie de objeção ao simbolismo normativo e/ou jurisprudencial, já que por meio da teoria do simbolismo jurídico “acredita-se que muitas vezes o Estado faz leis destituídas de eficácia para solucionar as mazelas nacionais, mas com grande carga simbólica, visando a dar uma resposta imediata aos anseios da população”.<sup>12</sup> Nestes termos, parêmiias do tipo “times is money”<sup>13</sup> têm servido como símbolo para a edição de comportamento jurídico de atendimento única ou prioritariamente voltada para os anseios de ambição econômica. Tal não se dá, ainda por François Ost, como ponto de partida ou para um ponto de chegada definido, mas por conta de “um balanço provisório, como um refrão para melhor delimitar o jogo do tempo e do direito, pois esta dialética não tem síntese: nada de saber absoluto que enunciasses a palavra final”.<sup>14</sup>

A metodologia utilizada não foi exclusivista, abraçando as matrizes analítica, pragmático-hermenêutica e sistêmica. O estudo não se limitou a postura histórica específica (clássica, moderna ou contemporânea), nem se pautou por método único, apesar do perigo de sofrer acusações de estar à mingua de metodologia. Optou-se pela metodologia dita sintética, pela qual todas as vias se mostram percorráveis, não se procedendo como sugeriu Herman Melville, na obra *Moby Dick*, conforme lembrança de João Maurício Adeodato, nos seguintes termos:

Como antes, o Pequod inclinou-se abruptamente na direção da cabeça do cachalote, e agora, pelo contrapeso das duas cabeças, o navio voltou à posição de equilíbrio; se bem que a duras penas, podem bem acreditar. Do mesmo modo, quando você içar de um lado a cabeça de Locke, vai pender nesta direção; mas, então, içando do outro lado a cabeça de Kant, você volta ao prumo; em situação lamentável, contudo. Assim

---

<sup>12</sup> Passagem do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, do STF, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.424 (BRASIL. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Volume 188. Nº 3. Brasília: Imprensa Nacional, 2004, pp. 1040-1041.

<sup>13</sup> Traduzida por “tempo é dinheiro”, com o amplo significado de teleologia meramente econômica para as questões jurídicas.

<sup>14</sup> FRANÇOIS OST. Ob. cit., p. 399.

algumas mentes conseguem manter o compasso do navio. Oh, tolos! Atirem todas essas cabeças tormentosas pela amurada e assim flutuarão leves e aprumados.<sup>15</sup>

Nenhuma cabeça foi abandonada, caminhando, é verdade, um tanto pesadamente. Entretanto, espera-se, sem os riscos do desaprumo, sem as pendências para a direita, ou para a esquerda.

Partindo da teologia desenvolvida pelo papa Leão Magno, Alfredo Attiê Júnior ressaltava a diferença entre convencer e converter, aquele com o significado de “uma argumentação com vista a refutar um erro, a demonstrar uma culpa, a provar, desmentir ou corrigir”,<sup>16</sup> este pressupondo ação de maior envergadura com o propósito de “dobrar algo, mudá-lo, transformá-lo, visando a obtenção de uma mutação em seu estado”.<sup>17</sup> Por outras palavras, convencer significa tornar algo compreensível, para que seja compreendido; converter tem o significado de tornar algo defensável, para que seja defendido. Primeiro, pois, a destruição dos oponentes<sup>18</sup> e a conseqüente confirmação do objeto do conhecimento; depois, o seu aprimoramento, o seu progresso, a sua consolidação teórica.

Ainda segundo Attiê Júnior, o convencedor “dá suas lições aos prosélitos; pouco se arrisca a deixar seu território; ensina no templo; o templo é o seu mundo; permanece em sua própria casa”.<sup>19</sup> Já o convertido, “Sabe o que deseja, que o outro se dobre à sua frente; que se desvie de seu caminho, assumindo, integralmente, um desvio de há muito calculado”<sup>20</sup>.

Para convencer, a metodologia filosófica. Para converter, a práxis da política. É o que se espera deste trabalho.

## Capítulo I – TEMPO E DIREITO

---

<sup>15</sup> MELVILLE, Herman. *Moby Dick*. New York: Modern Library, 1926, p. 327. Apud: ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 1996, p. XI.

<sup>16</sup> ATTÍÊ JÚNIOR, Alfredo. **A reconstrução do direito**: existência, liberdade, diversidade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 36.

<sup>17</sup> IDEM, p. 36.

<sup>18</sup> Conceção paradoxal, idealizada por ZENÃO [de Eléia].

<sup>19</sup> ATTÍÊ JÚNIOR, Alfredo. Ob. cit., p. 36.

## 1. 1. Concepções históricas e fundamentais acerca do tempo

Qualquer evento, como ato de existência, só pode ser concebido conforme determinada perspectiva, tanto no que se refere à sua ontologia como no que diz respeito à sua especulação, é dizer, na sua essencialidade existencial ou na sua contemplação, ainda que se admita divergência no conjunto dessas concepções.<sup>21</sup>

Sobre o tempo, “Se ninguém me perguntar, eu sei; mas se quiser explicá-lo a quem me fizer a pergunta, já não sei”,<sup>22</sup> confessa Santo Agostinho, para quem “se nada sobrevivesse, não haveria tempo futuro, e se agora nada houvesse, não existia o tempo presente”.<sup>23</sup> Urge, portanto, de se indagar acerca do tempo, sem o qual nada é ao conhecimento humano, pois tudo o que existe só alcança de ser conhecido pelos elementos que o individualizam, acrescido de sua capacidade de relacionar-se com outros eventos, tornando-se discernível em um dado momento histórico que Alfred North Whitehead<sup>24</sup> denomina período de tempo, identificando-o na relação entre o já ocorrido (passado) e com o ainda por ocorrer (futuro), que é firmado em sua apreensão imediata (presente).

Maurice Merleau-Ponty chama atenção para a qualidade especial do tempo afirmando que “não se pode representá-lo como um conceito”,<sup>25</sup> já que o dele experimentado “não é redutível a uma evidência intelectual”,<sup>26</sup> indicando-o como algo inapreensível. Apesar disto, não deve ser afastada a necessidade de se buscar uma compreensão razoável do tempo, confrontando a sua pluralidade experimental com a sua paradoxal unicidade subjetiva.

Apesar da palavra tempo ser significativamente clara, forçoso reconhecer que a sua conceituação é deveras tormentosa pois ao lado do que já foi (passado) e do que ainda não é (futuro), eis que estanca diante de uma nadificação

---

<sup>20</sup> IDEM, P. 36.

<sup>21</sup> CAPELLA, Juan Ramon. **Os cidadãos servos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 15.

<sup>22</sup> AGOSTINHO, Aurélio [Santo Bispo de Hipona]. **Confissões**. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 278.

<sup>23</sup> IDEM, p. 278.

<sup>24</sup> WHITEHEAD, Alfred North. **O conceito de natureza**. São Paulo: Martins Fontes, 1994, pp. 61-89.

<sup>25</sup> MERLEAU-PONTY, Maurice. **A natureza**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 43.

<sup>26</sup> IDEM, p. 171.

instantânea e inextensa (presente), conforme sinaliza André Comte-Sponville.<sup>27</sup> O fato de algo que existiu (passado) resultar de um nada (presente), e deste suscitar-se que algo possa vir a existir (futuro), é a aporia do tempo, pois tudo o que existiu, existe e existirá depende dele para ser desvelado. É que, ao lado de sua obscuridade conceitual, eclode a cristalina experiência do tempo incidindo em tudo o que há, e essa experiência denominada tempo reclama uma concepção de si, pois, se tudo foi, é e será, tal decorre do fato de existir esse ser-passagem experimentado pela eterna mudança de tudo o que há.

O tempo foi objeto de concepções que variaram desde a fase primitiva até os dias atuais, sempre na dependência conceitual das experiências humanas e inferidas das observações astronômicas, sendo o movimento da terra e demais astros a base para a sua medição.

Representações pictóricas indicam que já o homem pré-histórico antevia eventos futuros, relacionando-os com as experiências vividas, demonstrando que percebia o tempo, embora sem preocupações para além do que dele era experimentado.<sup>28</sup> Na antiguidade egípcia<sup>29</sup> o tempo era concebido como sucessão de fases descontínuas que serviam primordialmente para fazer analogias à mortalidade (do deus Osíris, por exemplo) e para reinício das fases vivenciadas (são exemplos as fases dos reinados e os fluxos periódicos das águas dos rios).

Nicola Abbagnano<sup>30</sup> indica três concepções pelas quais o tempo, historicamente, foi pensado como ordem mensurável do movimento, como movimento intuído e como estrutura de possibilidades. Vejamos, em seqüência, como evoluiu historicamente cada um dos modos de entender o tempo.

Inicialmente, tempo como ordem mensurável do movimento.

Do período pré-socrático, nitidamente fisiologista por centrar preocupações no conhecimento do mundo natural (*physis*), convém mencionar, ao lado da noção de infinitude (*apeiron*) como elemento explicativo da origem das

---

<sup>27</sup> COMTE-SPONVILLE, André. **O ser-tempo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 18.

<sup>28</sup> Veja-se, a respeito, indicações históricas feitas por G. J. WHITROW (**O tempo na história**: as concepções do tempo da pré-história aos nossos dias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, pp. 35-38).

<sup>29</sup> Também na Suméria, na Babilônia e no Irã, conforme menciona G. J. WHITROW. Ob. cit., pp. 38 *et sequens*.

<sup>30</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 944.

coisas na escola jônica,<sup>31</sup> e da eternidade de suas partículas mínimas sustentada pelos atomistas,<sup>32</sup> o pensamento mobilista e pluralista e a idéia de imutabilidade e unicidade, como posições que interessam às noções históricas do tempo.

O eterno devir (movimentação) de uma realidade plural (multiplicidade) foi inicialmente sustentado por Heráclito de Éfeso, resultando em que o tempo incide em uma realidade circunstancial, portanto como ordem de medida do movimento, lúdico, cíclico e circular, segundo expõem os fragmentos colacionados:

Nos mesmos rios entramos e não entramos, somos e não somos.<sup>33</sup>

Em rio não se pode entrar duas vezes no mesmo, *segundo Heráclito, nem substância mortal tocar duas vezes na mesma condição; mas pela intensidade e rapidez da mudança dispersa e de novo reúne (ou melhor, nem mesmo de novo ou depois, mas ao mesmo tempo) compõe-se e desiste, aproxima-se e afasta-se.*<sup>34</sup>

Tempo é criança, jogando; de criança o reinado.<sup>35</sup>

*Destes (os períodos anuais) o sol sendo preposto e vigia, define, dirige, revela e expõe à luz das transmutações e horas, as quais traz em todas (as coisas) segundo Heráclito.*<sup>36</sup>

Pois comum (é) princípio e fim em periferia de círculo.<sup>37</sup>

Primando por uma noção do tempo presente das coisas, tal concepção levou ao seu entendimento como ordem de medida do movimento, seja para estabelecer as relações cíclicas no movimentar-se e da temporalidade do corpo cuja finitude estava na morte (pondo ordem no movimento), ou para uma abrangência esférica de todas as coisas (ordenando a multiplicidade), sendo-lhe estabelecidas as épocas (partes do tempo).

---

<sup>31</sup> Notadamente em Anaximandro, como testemunharam HIPÓLITO (Refutação I, 6, 1), ao lembrar que “Esta (a natureza do ilimitado, ele diz que) é sem idade e sem velhice” e ARISTÓTELES, recordando que a natureza se mostra “Imortal (...) e imperecível” (Física III, 4. 203b). In: SOUZA, José Cavalcante de. **Pré-socráticos:** fragmentos, doxografia e comentários. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 50 (Coleção Os Pensadores).

<sup>32</sup> Que por analogia permite pensar o fracionamento do pensamento a um mínimo (atomismo psicológico), bem como a decomposição nos elementos das sentenças até unidades fundamentais do seu significado (atomismo lógico). Na lembrança de GALENO (Do uso das partes III, 10), “O homem, um microcosmo” assim demonstra. In: SOUZA, José Cavalcante de. Ob. cit., p. 274.

<sup>33</sup> HERÁCLITO (Alegorias IX, 9). In: SOUZA, José Cavalcante de. Ob. cit., p. 92.

<sup>34</sup> PLUTARCO (Coriolano: De E apud DELPHOS 18p, 392, B19). In: SOUZA, José Cavalcante de. Ob. cit., p. 97.

<sup>35</sup> HIPÓLITO (Refutação IX, 9). In: SOUZA, José Cavalcante de. Ob. cit., p. 93.

<sup>36</sup> PLUTARCO (Coriolano: questões platônicas 8, 4). In: SOUZA, José Cavalcante de. Ob. cit., p. 98.

Ainda como ordem de medida, o tempo foi percebido por Aristóteles como algo linear e relacionado ao movimento, sem com este confundir-se nem lhe sendo uma simples medição. Com efeito, sem distinguir mudança de movimento, o Estagirita <sup>38</sup> chamou atenção para o fato de que

Toda mudança é mais rápida ou mais lenta, enquanto que não o é o tempo, pois a lentidão e a rapidez vêm precisamente definidas pelo tempo; é rápido o que em pouco tempo se move muito, e é lento o que em muito tempo se move pouco; e o tempo não vem definido pelo tempo, nem como quantidade, nem como qualidade. Se vê, pois, com isto, que o tempo não é um movimento. <sup>39</sup>

Embora dito como medida do movimento,<sup>40</sup> o tempo não é, para Aristóteles, um medidor, já que também ele, o tempo, é medido numericamente, modos que “o tempo é um número, não como meio para contar, mas como quantidade numerada ou medida”.<sup>41</sup> Pode-se constatar, como fê-lo Abbagnano,<sup>42</sup> que, ao afirmá-lo como medida, Aristóteles considerou o tempo também como ordem mensurável, ao estabelecer a quantidade numérica do movimento, socorrendo-se do número para essa quantificação. Portanto, o tempo, em Aristóteles, é ordem que não decorre da intuição na medida em que organiza a quantidade. Ordem mensurável de um movimento linear, pois organiza segundo o antes e o depois.

Por outro lado, a noção de tempo como ordem mensurável do movimento culminou por sustentar a ética estóica, fundada em uma principiologia de ordenação, harmonia e equilíbrio das coisas, sem o que se estabeleceria situação caótica incompatível com a imperturbabilidade (*ataraxia*) que evoca felicidade e sabedoria, no sentido de caracterizar uma presença que não passa, uma eternização das coisas em seu movimento circular, pela idéia que se tem dela, onde a idéia não seria mera entidade mental e sim a essência do existente, em sua imutabilidade e eternidade, reproduzida pelo tempo, na medida em que este incide na realidade móvel das coisas (*ente*) para, intuitivamente, estabilizá-lo (*ser*).

---

<sup>37</sup> PORFÍRIO (Questões homéricas: *Ilíada* IV, 4). In: SOUZA, José Cavalcante de. Ob. cit., p. 98.

<sup>38</sup> ARISTÓTELES foi assim chamado por ter nascido em Estagira, na Macedônia.

<sup>39</sup> ARISTÓTELES. **Obras**. Madrid: Aguilar, 1967, p. 628. Na obra consultada consta: “todo cambio es más rápido o más lento, mientras que no lo es el tiempo, pues precisamente la lentitud y la rapidez vienen definidas por el tiempo; es rápido lo que en poco tiempo se mueve mucho, y es lento lo que en mucho tiempo se mueve poco; y el tiempo no viene definido por el tiempo ni como cantidad ni como cualidad”.

<sup>40</sup> Aqui incluído o potencialmente móvel que, momentaneamente, esteja impedido de movimentar-se.

Na idade média, o realismo de Tomás de Aquino compreendia as coisas como algo que decifrava particularmente a ordem natural do universo e, por conta disto, entendia o tempo como o número das partes do movimento, pois, apesar de numericamente único, constitui verdades numéricas para qualquer das coisas temporais. Partindo disto, “o tempo pode ser considerado, em si mesmo, como sucessivo, ou em um dos seus *momentos*, que é imperfeito – *total e simultaneamente* – (...) e, *perfeito*, para excluir o momento temporal”.<sup>43</sup>

Superado o até então aceito sistema geocêntrico ptolomaico, que via um planeta terra imóvel e centralizando o universo, e retomado o pensamento heliocêntrico do astrônomo grego Aristarco de Samos, sustentando que a terra é redonda e gira em torno do sol, oportunizou-se um posicionamento científico e filosófico não dogmático, mormente pelo desenvolvimento que o telescópio culminou por trazer, com uma separação entre os assuntos teológicos dos científicos, já que cada um devia exigir conhecimentos e metodologias diferenciados e, portanto, aportando em resultados inconfundíveis.

Da postura científica revolucionária de que a natureza se ordena por uma significação matemática quantitativa, e de que as bases fundamentais da mecânica quântica estariam centradas nas regras da inércia, através da qual uma coisa se mantém como tal enquanto absolutamente isolada, eis que para Thomas Hobbes o tempo assomou como imagem fantasmagórica do movimento ínsito na sucessão caracterizada pelo antes e pelo depois, como espécie de “uma *suposição* do *futuro*, tirada da *experiência* dos tempos *passados*”,<sup>44</sup> ou “uma suposição das coisas passadas tiradas de outras coisas também passadas”,<sup>45</sup> enquanto René Descartes, após afirmar que a “duração de cada coisa é um modo ou uma maneira como consideramos esta coisa enquanto ela continuar a ser”,<sup>46</sup> e distinguir qualidade (característica circunstancial) de atributo (elemento essencial) das coisas, retomou a idéia platônica de tempo como número do movimento.

---

<sup>41</sup> ARISTÓTELES. Ob. cit., p. 631. No original consta: “*el tiempo es un número, no como medio para contar, sino como cantidad numerada o medida*”.

<sup>42</sup> ABBAGNANO, Nicola. Ob. cit., p. 945.

<sup>43</sup> AQUINO, Tomás de. **O ente e a essência**. São Paulo: Nova Cultural, 1980, p. 74 (Coleção Os Pensadores).

<sup>44</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 28.

<sup>45</sup> IDEM, p. 28.

<sup>46</sup> DESCARTES, René. **Princípios da filosofia**. Lisboa: Guimarães, 1984, p. 91.



Destas qualidades ou atributos, algumas há que estão nas próprias coisas e outras que só existem no nosso pensamento. Assim o tempo, por exemplo, que distinguimos da duração considerada em geral, e que dizemos ser o número do movimento, é tão-só uma certa maneira de nós pensarmos esta duração, visto não concebermos que a duração das coisas que se movem seja diferente das coisas que se não movem: como é evidente quando perante dois corpos que se movem durante uma hora, um depressa e o outro lentamente, não conta mais tempo num do que no outro, embora supuséssemos mais movimento em um desses corpos. Para compreender todavia a duração das coisas subordinadas a uma mesma medida, servimo-nos geralmente da duração de certos movimentos regulares que são os dias e os anos, e chamamos-lhe tempo, depois de haver assim comparado; se bem que, de facto, o que assim chamamos não seja, fora da verdadeira duração das coisas, senão uma maneira de pensar.<sup>47</sup>

O racionalismo de John Locke veio em críticas à concepção do tempo presa exclusivamente ao movimento, relacionando-o (o tempo) não apenas aos objetos da realidade, mas a tudo o que observe uma ordem constante e repetível, inclusive e, sobretudo na seqüência das idéias, pois as “nossas noções de sucessão e duração se originam da reflexão acerca da seqüência de idéias, descobertas umas depois das outras em nossas mentes”,<sup>48</sup> a partir do que

Refletindo, por conseguinte, acerca do aparecimento das várias idéias se sucedendo umas às outras em nosso entendimento, apreendemos a noção de sucessão. Entretanto, se alguém pensar que formamos apreendendo pelos sentidos a observação do movimento, concordará, talvez, comigo ao observar que o mesmo movimento que produz em sua mente uma idéia de sucessão de modo algum ocasiona nela uma seqüência contínua de idéias distinguíveis. Pois uma pessoa, observando um corpo realmente se movendo, não percebe nenhum movimento exceto quando este movimento produz uma passagem constante de idéias sucessivas; por exemplo, uma pessoa retardada no mar pela calmaria, sem visão da terra, pode num dia claro olhar para o sol, mar ou navio durante toda uma hora, sem perceber nenhum movimento em qualquer um deles, embora seja possível que dois deles, ou, talvez, todos tenham se movido bastante durante todo esse tempo. Ao perceber, porém, que um deles se distanciou de outro corpo qualquer, e desde que este movimento ocasione nele alguma nova idéia, percebe então que ali existe movimento. Enquanto todas as coisas estiveram paradas com respeito a uma pessoa, impossibilitando-a de observar qualquer movimento nesta hora silenciosa,

---

<sup>47</sup> DESCARTES, René. Ob. cit., p. 96.

<sup>48</sup> LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 99 (Coleção Os Pensadores).

mas não de continuar pensando, perceberá várias idéias de seus próprios pensamentos se manifestarem uma depois das outras em sua mente e, deste modo, observará e constatará a sucessão onde não podia observar movimento.<sup>49</sup>

Para o idealismo dogmático<sup>50</sup> de George Berkeley, o tempo deixou de ser concebido como ordem do movimento e passou a ser pensado como ordem de idéias, ligado, no máximo, a uma movimentação interna das pessoas, tanto que “se tento formar idéia de tempo, abstraída da sucessão de idéias do meu espírito e em fluxão uniforme partilhada por todos os seres, perco-me em dificuldades inextrincáveis”<sup>51</sup> porquanto, sobre o tempo,

Não tenho a menor noção; apenas ouço a outrem dizer que é infinitamente divisível e falar nele de tal modo que me leva a ter pensamentos extravagantes de minha existência. Parece-me igualmente absurdo, segundo a doutrina impõe como conclusão, ou que se passem idades inúmeras sem um pensamento ou que ele se aniquila em cada momento da vida. Não sendo o tempo coisa alguma, abstraído da sucessão das nossas idéias, segue-se que a duração de um espírito finito deve medir-se pelo número das idéias ou ações sucessivas do mesmo espírito. Conseqüentemente: a alma pensa sempre. E na verdade não parece fácil tarefa tentar separar nos pensamentos ou abstrair a *existência* do espírito, da sua *cogitação*.<sup>52</sup>

Paralelamente, ecléticos como Isaac Newton compreenderam o tempo de duas maneiras: como algo “absoluto, verdadeiro e matemático [que] flui sempre igual por si mesmo e por sua natureza, sem relação com nenhuma coisa externa”<sup>53</sup> (denominando duração), ou como “relativo, aparente e vulgar [como] certa medida sensível e externa de duração por meio do movimento (seja exata, seja desigual), a qual vulgarmente se usa em vez do tempo verdadeiro, como são a hora, o dia, o mês, o ano”.<sup>54</sup> Neste sentido, Leibniz, ao concordar que “Não é o movimento, mas uma seqüência constante de idéias que nos dá a idéia de duração”,<sup>55</sup> deixa entrever que só o tempo pode ser considerado subjetivo com relação às coisas em si, já que

---

<sup>49</sup> LOCKE, John. Ob. cit., p. 100.

<sup>50</sup> Que discute a existência do mundo material como verdade obtível.

<sup>51</sup> BERKELEY, George. **Tratado sobre o conhecimento humano**. São Paulo: Nova Cultural, 2005, p. 64 (Coleção Os Pensadores).

<sup>52</sup> IDEM, p. 64.

<sup>53</sup> NEWTON, Isaac. **Princípios matemáticos da filosofia natural**. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 24 (Coleção Os Pensadores).

<sup>54</sup> IDEM, p. 24.

<sup>55</sup> LEIBNIZ, Wilhelm Gottfried. **Novos ensaios sobre o entendimento humano**. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 131 (Coleção Os Pensadores).

estas se situam ao largo da consideração humana, mostrando-se, por outro lado, como algo indubitável da realidade empírica na medida em que se apresenta como objetivo e real no que diz respeito às coisas naturais.

Immanuel Kant,<sup>56</sup> derivando dos conceitos advindos pela física newtoniana, aborda uma idealidade transcendental do tempo, ao lado de sua realidade empírica, realizando, por uma analogia principiológica, a seriação temporal em conformidade com a lei da causalidade, reduzindo a ordem de sucessão à ordem causal, no sentido de que uma coisa só pode conquistar o seu lugar no tempo se em seu estado precedente se pressuponha outra coisa à qual a mesma deva sempre seguir, ou seja, de acordo com uma regra sucessória estabelecida. Com isto, fez distinção entre a percepção real do tempo e a sua imaginação, que poderia e pode inverter a ordem dos eventos, transformando a sucessão temporal em único critério empírico do efeito em relação à causalidade da causa. Buscando demonstrar que o objetivismo do tempo está reduzido à ordem causal, culminou por compreender o tempo como intuição pura.

Como movimento intuído, o tempo foi visto, no período pré-socrático, principalmente por Parmênides de Eléia, como existência independente das demais coisas, como algo-que-é, absoluto, em si e abrangendo todas as coisas, uma unicidade estável e intuída, como se infere dos seguintes fragmentos, extraídos de Simplício:

Necessário dizer e pensar que (o) ente é; pois é ser, e nada não é; isto eu te mando considerar.<sup>57</sup> Nem divisível é, pois é todo idêntico; nem algo em uma parte mais que o impedisse de conter-se, nem também algo menos, mas é todo cheio do que é, por isso é todo contínuo; pois ente a ente adere.<sup>58</sup>

Na idade média, o tempo foi pensado como vida da alma, algo consistente no movimento graças ao qual a alma passa de uma condição de sua vida para outra, sustentando-se que até o universo está no tempo só na medida em que está na alma, ou seja, na alma do mundo. Ao lado disto, Agostinho, após negar o tempo passado (cuja existência não mais subsiste) e o tempo futuro (cuja

---

<sup>56</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Nova Cultural, 1996, pp. 77 *passim* (Coleção Os Pensadores).

<sup>57</sup> SIMPLÍCIO (Física 117, 2). In: SOUZA, José Cavalcante de. Ob. cit., p. 122.

<sup>58</sup> IDEM (Física 114, 29). IBIDEM, p. 123.

existência ainda não possui), sugerindo “lembrança presente das coisas passadas, visão presente das coisas presentes e esperança presente das coisas futuras”,<sup>59</sup> concluiu que o tempo não passaria de expectativa do espírito que, através da atenção, é passada para a memória. E busca esclarecer da seguinte maneira:

Vou recitar um hino que aprendi de cor. Antes de principiar, a minha expectativa estende-se a todo ele. Porém, logo que o começar, a minha memória dilata-se, colhendo tudo o que passa de expectativa para o pretérito. A vida deste meu ato divide-se *em memória*, por causa do que já recitei, e *em expectativa*, por causa do que hei de recitar. A minha atenção está presente e por ela passa o que era futuro para se tornar pretérito. Quanto mais o hino se aproxima do fim, tanto mais a memória se alonga e a expectativa se abrevia, até que esta fique totalmente consumida, quando a ação, já toda acabada, passar inteiramente para o domínio da memória. Ora, o que acontece em todo o cântico, isso mesmo sucede em cada uma das partes, em cada uma das sílabas, em cada ação mais longa – da qual aquele cântico é talvez uma parte – e em toda a vida do homem cujas partes são os atos humanos. Isto mesmo sucede em toda a história dos filhos dos homens, da qual cada uma das vidas individuais é apenas uma parte.<sup>60</sup>

Modernamente, Henri Bergson<sup>61</sup> fez contraponto do tempo como vida da alma com o conceito científico que dele era tido, uma vez que, o tempo para a ciência se mostra especializado e restrito, sem nenhuma das características que a consciência lhe atribui. Para a ciência, o tempo se mostra linear, e a linha é algo conclusivo, nada reclamando em continuidade, apresentando-se de maneira estática, enquanto que a característica fundamental do tempo é a sua mobilidade, pois graças ao mesmo é que todas as coisas acontecem. Para mencionado autor, portanto, o tempo tem o significado de duração e, como tal, possui características fundamentais de processo contínuo que acumula e conserva tudo o que já foi elaborado, além de esperar o que deverá ser criado.

Sem discrepar disto, Edmund Husserl avança para enxergar que a noção de tempo como vivências isoladas culminaria por encerrá-lo em uma limitação que lhe retira a característica de duração, contrariando as denominadas correntes de vivências, ditas como algo efetivo em durabilidade que se insere em uma infinitude de durações plenas e contínuas que consigna no patamar temporal de atualidade

---

<sup>59</sup> AGOSTINHO, Aurélio. Ob. cit., p. 284.

<sup>60</sup> AGOSTINHO. Ob. cit., p. 294.

(presente) uma infinitude de situações que caminha em direções diversas (passado e futuro). Alertando-nos para o fato de que a corrente de vivências, como fundamento primordial do tempo, resulta em um eterno presente, tanto “que agora vivemos, torna-se objectal na reflexão imediata, e continua nela a expor-se”,<sup>62</sup> a ponto do “mesmo som, que fora ainda há pouco um agora efectivo, sempre o mesmo, mas retrocedendo para o passado, constituindo nele o mesmo ponto objectivo do tempo”<sup>63</sup> como “o correspondente fenómeno de presente e passado, de duração e variação, que é respectivamente um agora e, no seu perfil (Abschattung), que ele contém, e, na permanente variação, que experimenta, traz ao fenómeno, à manifestação, o *ser temporal*”.<sup>64</sup>

Diferentemente de outras singularidades intuídas, que podem estar contidas como ingredientes na essencialidade das coisas, o tempo é, para Husserl, uma intuição cuja singularidade é imanente às próprias coisas, residindo nisto a concepção husserliana de presentalidade do passado como consequência da conservação mental das experiências.

O pensamento contemporâneo, que para Jean-François Lyotard,<sup>65</sup> se apresenta como nova fase teórica denominada pós-moderna e para Jürgen Habermas<sup>66</sup> se trata da continuidade de uma modernidade inacabada, segunda fase do projeto de modernidade, embora com a valorização da razão crítica proporcionadora de uma emancipação ideológica, política e econômica, busca no relativismo de Albert Einstein<sup>67</sup> a noção de que a ordem de sucessão não é única e abstrata, exatamente por conta de uma sensibilidade do tempo pela qual é perfeitamente possível ocorrer uma inversão do antes e do depois para certos eventos, culminando com a inexistência de ordem causal entre os mesmos, nenhum deles podendo ser tido como causa ou como efeito, e cada um podendo ser chamado de posterior ou anterior do outro. Estabelece uma possível reversibilidade do tempo, por enxergar que o movimento se limita à descrição das relações presentes em dois ou mais eventos.

---

<sup>61</sup> BERGSON, Henri. **La pensée et le mouvant**. Genebra: Albert Skera, 1946, p. 15.

<sup>62</sup> HUSSERL, Edmund. **A idéia de fenomenologia**. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 97.

<sup>63</sup> HUSSERL, Edmund. Ob. cit., p. 97.

<sup>64</sup> IDEM, p. 98.

<sup>65</sup> LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.

<sup>66</sup> HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>67</sup> EINSTEIN, Albert. **Como vejo o mundo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1981.

Com a advertência de Habermas de que “A crítica da razão paga um alto preço pela despedida da modernidade”,<sup>68</sup> já que tais postulados “Não podem ser classificados univocamente nem como filosofia ou ciência, nem como teoria moral ou jurídica, nem como literatura ou arte”,<sup>69</sup> e, mais que isto, pelo fato de que “resistem a um retorno às formas do pensamento religioso, sejam dogmáticas ou heréticas”,<sup>70</sup> percebe-se que atualmente “há uma certa incongruência entre essas ‘teorias’, que levantam pretensões de validade apenas para desmenti-las”,<sup>71</sup> vendo-se hoje, com menor dramaticidade, um pensar o tempo como estrutura de possibilidades.

Chamando “os fenômenos caracterizados de porvir, vigor de ter sido e atualidade, de *akstases* da temporalidade”,<sup>72</sup> Martin Heidegger conclui que “A temporalidade temporaliza, e temporaliza nos moldes possíveis de si mesma”,<sup>73</sup> já que “São estes que possibilitam a pluralidade dos modos de ser da pré-sença, sobretudo, a possibilidade fundamental da existência própria e imprópria”.<sup>74</sup>

Como *ordem do movimento*, o tempo é concebido como uma totalidade presente que decorre da simultaneidade das qualidades (próprias ou relacionais) que o identificam, enquanto que como *movimento intuído*, atualiza-o para o instante de sua interpretação. Como *estrutura de possibilidades*, lança-se em expectativas, pois enquanto ser-aí cinge-se da pré-ocupação das suas possibilidades e não de uma concretude do seu porvir, já que a certeza do futuro é contingencial.

É neste sentido que Dora Fried Schnitman propõe “modelos evolutivos de tipo estocástico que integram acaso e determinismo, tempo reversível e irreversível”,<sup>75</sup> ou, como fuga a tal paradoxo, uma possibilidade autêntica (posta na opção das variáveis) e outra inautêntica (centrada na circunstancialidade do porvir imprevisto). Em tais condições que o tempo estrutura tanto positiva como negativamente tudo o que há. No sentido positivo, estruturando as possibilidades de ocorrência (real e objetiva), modelando a compreensão do movimento e ordenando

---

<sup>68</sup> HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 467.

<sup>69</sup> IDEM, p. 467.

<sup>70</sup> HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 467.

<sup>71</sup> IDEM, p. 467.

<sup>72</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte II. Petrópolis: Vozes, 1998b, p. 123.

<sup>73</sup> IDEM, p. 123.

<sup>74</sup> IDEM, p. 123.

<sup>75</sup> SCHNITMAN, Dora Fried. Introdução: ciência, cultura e subjetividade. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Novos paradigmas, cultura e subjetividade**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996, p. 15.

a substância, explicitando a historicidade das coisas; no sentido negativo, ao estruturar o planejamento e o mapeamento genérico das qualidades relacionais (internas ou externas) das coisas, sistematizando-as formalmente. Abbagnano, baseando-se nessa abordagem heideggeriana do tempo, relaciona como tópicos esclarecedores de tal concepção os seguintes critérios:

1º Mudança do horizonte modal, passando da necessidade à possibilidade: o T. já não é integrado numa estrutura necessária, como a ordem causal, mas na estrutura da possibilidade. Esse aspecto pode ser utilizado para expressar adequadamente a transformação a que a noção de T. foi submetida pela relatividade de Einstein. Com efeito, se dois eventos são simultâneos segundo certo sistema de referência mas podem não ser simultâneos segundo um outro, conclui-se que o T. não é uma ordem necessária, mas a possibilidade de várias ordens.

2º O primado do futuro na interpretação do T. não constitui apenas uma alternativa diferente do primado do presente e a ele oposta, na qual se baseiam as outras duas interpretações principais, mas também oferece a possibilidade de não achatar sobre o presente as outras determinações do T. e de entendê-las em sua natureza específica: o futuro como futuro (e não como “presente do futuro”) e o passado como passado.

3º A relação entre passado e futuro, que Heidegger enriqueceu num círculo, pode ser facilmente dissolvida com a introdução da noção de possível. O passado pode ser entendido como ponto de partida ou fundamento das possibilidades porvindouras, e o futuro como possibilidade de conservação ou de mudança do passado, em limites (e aproximações) determináveis.

4º A introdução de novos conceitos interpretativos, expressos por termos como projeto ou projeção, antecipação, expectativa, etc., mostraram-se úteis nas análises filosóficas e passaram a fazer parte do uso filosófico corrente.<sup>76</sup>

Partindo de antinomias expostas por Kant,<sup>77</sup> pode-se aceitar que o tempo demanda fundamentos internos (intratemporalidade; temporalidade originária, pura, fundamental) que determinam e relacionam as suas próprias qualidades entre si, sem referência e relações com outros objetos ou com o sujeito considerante, com existência independente da consciência humana e cujo conceito decorre da imediação, e externos (temporalização e historialidade) que dialetizam as suas

---

<sup>76</sup> ABBAGNANO, Nicola. Ob. cit., p. 48.

<sup>77</sup> KANT. Immanuel. Ob. cit., pp. 285, *passim*.

qualidades com outras que não lhe são próprias, na significação predicativa (de inerência, identidade e relação) ou existencial (de existência primária ou geral).

Os fundamentos internos do tempo têm traços descritivos e classificatórios que estabelecem um nivelamento superficial (cosmológico; objetivo) ou fundamental (ontológico; subjetivo), formalizando estrutura relacional de derivação (databilidade; extensibilidade; publicidade) com as suas características produtivas (funções). Neste aspecto, o tempo pode ser dito como um ser-em-si com autoreferibilidade (autonomia) e no qual os eventos acontecem, possibilitador de temporalidades de datação (situação histórica) e extensão existencial (duração).

Por seus fundamentos externos o tempo se liga (*ser-com*), se integra (*ser-no*) e se agrega (*ser-junto*) a outros eventos por via de uma articulação condicional que estabeleça um ter-sido (passado), um sendo (presente) e um por-vir (futuro) com os eventos relacionados.

Tanto o em-si (com fundamentos internos) como o fora-de-si (com fundamentos externos) do tempo encerram, conforme expressa Paul Ricoeur, aporias na sua configuração autônoma ou relacional, seja no plano epistemológico ou no sentido ôntico, a ponto de buscar na “ocultação mútua da perspectiva fenomenológica e da perspectiva cosmológica”<sup>78</sup> as disputas históricas que, acerca do tempo, lançou “Aristóteles contra Agostinho, Kant contra Husserl, os defensores do ‘tempo vulgar’ contra Heidegger”,<sup>79</sup> confessando que “A primeira questão a colocar é, então, a de verificar até que ponto o entrecruzamento das visões (...) constitui uma resposta adequada à primeira grande aporia, a da dupla perspectiva na especulação sobre o tempo”.<sup>80</sup>

Mostra-se interessante e necessário buscar uma síntese à analítica aporética do tempo já que, em conformidade com o pensamento kantiano, “o conhecimento pode ser reportado a um ato original de síntese”<sup>81</sup> e “a síntese figura como a atividade fundamental da mente humana”,<sup>82</sup> interligando os conceitos às intuições, a ponto de Kant perceber que “nosso conhecimento surge de duas fontes

---

<sup>78</sup> RICOEUR, Paul. **Tempo e narrativa**. Tomo III. Campinas: Papyrus, 1997c, p. 419.

<sup>79</sup> IDEM, p. 419.

<sup>80</sup> IDEM, p. 419.

<sup>81</sup> CAYGILL, Howard. **Dicionário Kant**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 294.

<sup>82</sup> IDEM, p. 294.



principais da mente, cuja primeira é a de receber as representações (a receptividade da impressão) e a segunda a faculdade de conhecer um objeto por estas representações (espontaneidade dos conceitos)”,<sup>83</sup> alertando que “pela primeira um objeto nos é *dado*, pela segunda é *pensado* em sua relação com essa representação (como simples determinação da mente)”.<sup>84</sup> Inicialmente, ocorre a apreensão pela apercepção (intuição) do objeto experimentado, em seguida a reprodução representacional dessa apreensão (imaginação) e, finalmente, a ligação que estabelece a continuidade sintética da intuição e da imaginação que formata o conceito (reconhecimento), possibilitador da compreensão e da interpretação de outros objetos, via articulações internas que viabilizam a antecipação resoluta (cuidado). Decorre disto que

Intuição e conceitos constituem, pois, os elementos de todo o nosso conhecimento, de tal modo que nem conceitos sem uma intuição de certa maneira correspondem a eles nem intuição sem conceitos pode fornecer um conhecimento. Ambos são puros ou empíricos. *Empíricos* se contêm sensação (que supõe a presença do real do objeto); *puros*, se à representação não se mescla nenhuma sensação. A última pode ser denominada matéria do conhecimento sensível. Portanto, a intuição pura contém unicamente a forma do pensamento sem um objeto em geral. Somente intuições ou conceitos puros são possíveis *a priori*, intuição ou conceitos empíricos só *a posteriori*.<sup>85</sup>

Portanto, seja como *ordem do movimento*, como *movimento intuído* ou como *estrutura de possibilidades*, o tempo se oferece como elemento de percepção (presente), reconhecimento (passado) ou antecipação (futuro) conceitual das coisas.

## 1. 2. Estrutura paradoxal do tempo

---

<sup>83</sup> KANT, Immanuel. Ob. cit., p. 91

<sup>84</sup> IDEM, p. 91.

<sup>85</sup> KANT, Immanuel. Ob. cit., p. 91.

A aporia que, por um lado considera a existência condição fundamental do existir e, por outro, hipostasia que o existir é pressuposto da existência, serve para diluir a temporalidade.<sup>86</sup>

As coisas são delimitadas em seu existir segundo a permanência das características de suas próprias qualidades, ou destas em relação com as qualidades das coisas que lhe são externas e referidas, eclodindo disto a especificidade de suas localizações como algo que foi, que é, ou que será.

Transcorrida a localização específica, vê-se a coisa na duração do seu existir, tornando-se objeto passado e permanecendo unicamente a sua representação pela retenção (conservação) na memória que, sendo necessário, a evoca dedutivamente (recordação), devolvendo ao presente o tempo passado. Tempo passado, destarte, pode ser dito como a devolução do tempo relativo a algo que já deixou de existir como tal, seja pela transpiração de suas qualidades próprias ou pelo transcurso das relações que identificavam o seu ser enquanto tal.<sup>87</sup>

Afastadas as aporias que indicam o tempo presente como um agora delimitador ou condicionador do passado e do futuro, ou como um instante resumido a “uma espécie de encontro entre a eternidade e o tempo”,<sup>88</sup> e mantida a idéia adotada para a compreensão feita acerca do tempo passado, é de concluir que o tempo presente é aquele computado segundo a permanência das coisas em suas qualidades específicas ou relacionadas a outros objetos, podendo ter ou não extensão própria. Didaticamente, pode-se chamar o presente com extensão como agora, e aquele inextenso como instante.

Para a indagação “quanto tempo *dura* o agora?”,<sup>89</sup> Stewart Brand, entendendo que o agora se encontra na “esfera da responsabilidade imediata, na qual sentimos nossa vontade se manifestar, na qual as conseqüências de nossas vontades são óbvias e as surpresas limitadas”,<sup>90</sup> sugere a conformação do agora com as vivências, tanto que para uns “O fim de semana é um limite conveniente”,<sup>91</sup>

---

<sup>86</sup> LÉVINAS, Emmanuel. **Da existência ao existente**. Campinas: Papirus, 1998, pp. 99-100.

<sup>87</sup> GILES, Thomas Ransom. **Dicionário de filosofia**: termos e filósofos. São Paulo: EPU, 1993, p. 117.

<sup>88</sup> ABBAGNANO, Nicola. Ob. cit., p. 22.

<sup>89</sup> BRAND, Stewart. **O relógio do longo agora**: tempo e responsabilidade. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 30.

<sup>90</sup> IDEM, p. 30.

<sup>91</sup> IDEM, p. 30.

para outros “Duzentos anos é um período adequado”<sup>92</sup> podendo inclusive observar que “Dez mil anos é a duração da civilização até agora”<sup>93</sup> e, neste sentido, “Dez mil anos não é tanto tempo assim”,<sup>94</sup> chamando atenção para o fato de que

A humanidade poderia acompanhar com atenção contínua uma precessão completa de equinócios, enquanto o eixo da Terra descreve piruetas em torno de um ponto no céu próximo à Estrela Polar? Este ciclo de 25.784 anos é conhecido como o Grande Ano. Que tal manter um registro durante uma rotação de nossa galáxia – 220 milhões de anos? A Terra existe há pelo menos 25 dessas rotações galácticas, e a vida na Terra, há 19 rotações. Os homens podem vir a afetar a periodicidade das eras glaciais – estivemos congelados por mil anos para cada 100 mil anos durante 1 milhão de anos e estamos agora em meio a um período “interglacial” –, mas é pouco provável que venhamos a ter alguma influência sobre a rotação de nossa ou a de qualquer outra galáxia, nem que venhamos a contar as suas voltas. O quadro do tempo humano é mais estreito do que o da vida, do planeta e das galáxias. O Longo Agora de Eno nos coloca no nosso devido lugar, nem no fim da história, nem no começo, mas bem no meio dela. Não somos o ápice da história, e não somos pioneiros revolucionários; estamos no meio da história da civilização. O truque está em aprender a pensar nos últimos 10 mil anos como se fossem a semana passada, e nos próximos 10 mil anos como se fossem a próxima semana. Esses truques nos conferem uma vantagem.<sup>95</sup>

Para entender o tempo futuro, não custa observar que Martin Heidegger buscou na pré-ocupação<sup>96</sup> a possibilidade ontológico-existencial do tempo através de sua vinculação às coisas situadas historicamente, assimilando-lhe uma idéia complexa e articulada para também ultrapassar o aspecto original da intratemporalidade para encontrar uma contextualidade que lhe dê sentido<sup>97</sup> essencial, sem perder de vista a sua substancialidade e a sua acidentalidade, abrindo-se a possibilidade de superação das aporias que decorrem da temporalidade própria, original (intratemporalidade), uma vez que “Para que se possa de-monstrar, sem brechas, a origem da temporalidade imprópria a partir da

---

<sup>92</sup> IDEM, p. 31.

<sup>93</sup> IDEM, p. 31.

<sup>94</sup> IDEM, p. 32.

<sup>95</sup> BRAND, Stewart. Ob. cit., p. 33.

<sup>96</sup> HEIDEGGER, Martin. (Ob. cit., p. 121). *Pré-ocupação* é designada como *Cuidado* ou *Cura*, que segundo Nicola ABBAGNANO (Ob. cit., p. 224) “é a totalidade das estruturas ontológicas do ser-aí enquanto ser-no-mundo” e, “em outros termos, compreende todas as possibilidades da existência que estejam vinculadas às coisas e aos outros homens e dominados pela situação”.

<sup>97</sup> Para Martin HEIDEGGER (Ob. cit., pp. 117-118), “Sentido significa a perspectiva do projeto primordial a partir do qual alguma coisa pode ser concebida em sua possibilidade como aquilo que ela é”.

temporalidade originária e própria, é imprescindível uma elaboração concreta do fenômeno originário que até agora só foi caracterizado grosseiramente”.<sup>98</sup>

Decorre disto que a postura gnosiológica que até então se conformava com uma temporalização do antes, do agora e do depois, ou, por outras palavras, do agora não mais, do agora já e do agora ainda não, presa à tendente presentalidade sustentada por Agostinho e que para Paul Ricoeur<sup>99</sup> não ultrapassou – nem houve preocupação neste sentido – o limbo de vulgarização do nivelamento, assume em Heidegger a proveniência que decorre da derivação de uma postulação do tempo como algo fundamentalmente vincado pelas coisas em movimento e, considerando o seu eterno devir, com vistas presas no tempo futuro. Aqui, o tempo não é o número nem a medida do movimento, mas as próprias coisas em seu eterno devir, que devem ser compreendidas e interpretadas com evidente temporalização (fenomenologia hermenêutica).

Em nosso idioma, estivera e estou designam, respectivamente, um passado em relação ao passado (passado no passado) e um presente em relação ao presente (presente no presente), inexistindo tempo verbal para um futuro no futuro,<sup>100</sup> o que pode servir, entre nós, como porta de entrada para a compreensão do que levou Heidegger a indicar o por-vir como a mais original e fundamental das modalidades da temporalização, ao afirmar que, se “originariamente, tempo é temporalização da temporalidade que, como tal, possibilita a constituição da estrutura da cura”,<sup>101</sup> então “A temporalidade é, essencialmente, ekstática”<sup>102</sup> e “temporaliza-se, originariamente, a partir do porvir”,<sup>103</sup> arrematando:

Na enumeração das ekstases, colocamos sempre em primeiro lugar o porvir. É para indicar que, na unidade ekstática da temporalidade originária e própria, o porvir possui uma primazia, embora a temporalidade não surja de um amontoado e de uma seqüência de ekstases, temporalizando-se, cada vez, na igualdade originária de cada uma delas.<sup>104</sup>

---

<sup>98</sup> IDEM, p. 121.

<sup>99</sup> RICOEUR, Paul. Ob. cit., pp. 140-156.

<sup>100</sup> *Estaria e estarei* designam, respectivamente, *futuro no passado* e *futuro no presente*.

<sup>101</sup> HEIDEGGER, Martin. Ob. cit., p. 125.

<sup>102</sup> IDEM, p. 126.

<sup>103</sup> IDEM, p. 126.

<sup>104</sup> IDEM, p. 124.

Dito por Abbagnano como “o que é contrário (...) a sistema de crenças comuns a que se fez referência, ou contrário a princípios considerados sólidos ou a proposições científicas”,<sup>105</sup> eis que os paradoxos podem ser detectados em qualquer espécie ou setor do conhecimento, e no que se refere ao tempo a sua constatação não resulta em preocupação específica.

Ao lado dos paradoxos genéricos (lógicos ou semânticos), o tempo encerra paradoxos existenciais onde, como expressa Ferrater Mora,

(...) não há contradição, mas, antes, o que podemos designar por “choque”; se ele gera ou reflete o absurdo, o faz num sentido de “absurdo” distinto do lógico, ou do semântico. O paradoxo existencial – do qual encontramos exemplos em autores como Santo Agostinho, Pascal, Kierkegaard e Unamuno – propõe-se restabelecer “a verdade” (enquanto verdade “profunda”) em face das “meras verdades” da opinião comum e até do conhecimento filosófico e científico.<sup>106</sup>

Portanto, a existência ou não do tempo parece mesmo residir no fato de que se mostra tão evidente que a profundidade do seu conhecer culmina por problematizar-se certamente por conta de seus múltiplos relacionamentos, a ponto de Marcel Conche, após indagar sobre a possível multiplicidade do tempo, responde com um “Sim, se considerarmos não o tempo, mas aquilo que está dentro do tempo – o conteúdo, ou melhor, os conteúdos do tempo”,<sup>107</sup> pois “esses conteúdos são múltiplos: são todos os entes e seus modos de ser”.<sup>108</sup> E prossegue:

Haverá um tempo físico, um tempo biológico, um tempo fisiológico, um tempo psicológico, um tempo social. Há ainda que distinguir: o tempo físico, por exemplo, compreende o tempo dos fenômenos astronômicos, o tempo da microfísica, o tempo da termodinâmica, o tempo da mecânica, o tempo da química, etc. Gurvitch insistiu sobre a “multiplicidade dos tempos sociais”, tendo cada atividade social o seu tempo próprio. Quanto ao seu tempo “psicológico”, ele se pluraliza imediatamente em toda a diversidade dos tempos vividos: “há o tempo da ira, o tempo da gula, o tempo da hesitação”, diz Jean Wahl. E podemos acrescentar: da dor, do prazer, da tristeza, da alegria, do medo, da esperança, do remorso, do arrependimento, da decisão, etc. Ora, não há razão para pararmos nessa enumeração, pois as palavras “dor”, “tristeza”, “alegria” abrangem uma multiplicidade de dores, de tristezas, de alegrias,

---

<sup>105</sup> ABBAGNANO, Nicola. Ob. cit., p. 742.

<sup>106</sup> MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 551.

<sup>107</sup> CONCHE, Marcel. **Orientação filosófica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 179.

<sup>108</sup> IDEM, p. 179.

etc., qualitativamente diversas. Ademais, cada um de nós tem sua maneira de estar triste, e sua maneira de estar triste neste momento. Existe o momento *daquela* tristeza – que é a tristeza daquela pessoa, naquele momento. Se multiplicarmos, então, os tempos, chegaremos à conclusão de que seu número é *infinito*. Certamente, podemos classificá-los em um número *finito* de espécies. Mas esta classificação será feita a partir dos entes, dos fenômenos, dos eventos, isto é, daquilo que existe ou ocorre no tempo; será uma classificação dos conteúdos do tempo, portanto exterior ao próprio tempo. Feita a abstração daquilo que está no tempo, este é único.<sup>109</sup>

Pelo visto, questões como relativismo e absolutismo, finitude e infinitude, extensão e contenção, objetividade e subjetividade, pluralidade e unicidade, medição e incomensurabilidade, singularidade e complexidade, estão contidas, no tocante ao tempo, em uma paradoxalidade comum a tudo o que postula existir, e que Comte-Sponville<sup>110</sup> utilizou para intitular trabalho acerca do tempo, buscando sintetizar tais dualismos por uma via de ordem superior ínsita na ontologia fenomenológica de Sartre,<sup>111</sup> que se compraz no dualismo entre o fenômeno de ser e o ser do fenômeno. Este, conjugando a sua aparição com a sua essência, pois o ser fenomênico se manifesta tanto a sua essência como na sua aparição, como espécie de série de manifestações interligadas. Aquele multiplicando ao infinito as possibilidades das séries de suas manifestações.

A partir de tal concepção, pode-se encontrar no tempo a paradoxalidade de ser enquanto fenômeno que se manifesta em aparições e essência, bem como de não-ser enquanto expectativas de múltiplas possibilidades fenomenológicas, algumas de características ônticas por buscar especificá-lo (*em-si*), outras ontológicas por se aplicar não somente ao seu ser mas necessariamente a todos os seres em geral (*no-mundo*). Comte-Sponville esclarece tal paradoxalidade do tempo como ser e não-ser simultâneos, nos seguintes termos:

Concretamente? Concretamente, o tempo é o ser mesmo, na medida em que dura. Objetarão que só pode haver *duração* se houver *tempo*. Seria supor que se trata de duas realidades diferentes, uma das quais seria a condição da outra. Mas como, se as duas são uma só e mesma coisa ou só se distinguem para o pensamento? Se o

---

<sup>109</sup> IDEM, pp. 179-180.

<sup>110</sup> Referência à obra **O ser-tempo**, publicada no Brasil pela editora Martins Fontes, em 2000.

<sup>111</sup> SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. Petrópolis: Vozes, 1997, pp. 18-20.

tempo é o ser, o tempo não é a *condição* da duração: ele é a própria duração, simplesmente considerada fazendo-se abstração do que dura. Ora, nenhuma abstração poderia ser a condição do real. O tempo cósmico? É a duração do universo, ou não é nada. O ser do tempo? É a duração do ser (o presente), e é por isso que é tudo. É o que chamo de *ser-tempo*: a unidade indissociável, no presente, do ser e de sua duração.<sup>112</sup>

### 1. 3. A dupla dimensionalidade do tempo

Toda pesquisa de conhecimento postula encontrar a certeza como incontestável evidência, e por muito tempo tal se deu pela idéia de ordenação e individuação dos objetos, algo esotérico por ser compreendido por uma elite de especializados, restando, aos demais, o difícil acesso, hermético, misterioso e oculto.

Com as chamadas revoluções científicas, a ordenação e individuação dos objetos como critério fundamental de pertinência cede lugar à dialógica que especula a homogeneização de opostos como ordem e desordem, individualização e conjugação, através da informação sistematicamente programada e dita por Edgar Morin como “uma via de inteligibilidade para este mundo novo que se ergue diante de nós”,<sup>113</sup> sem rigorosa dicotomia entre ciências sociais e ciências naturais, conhecimentos localizados ou totalizantes, buscando no sentido e na utilidade “uma outra forma de conhecimento, um conhecimento compreensível e íntimo que não nos separe e antes nos una pessoalmente ao que estudamos”,<sup>114</sup> e que sequer exclua o senso comum em favor do conhecimento científico, vice-versa, a partir do que “A ciência pós-moderna procura reabilitar o senso comum por reconhecer nesta forma de conhecimento algumas virtualidades para enriquecer a nossa relação com o mundo”.<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> COMTE-SPONVILLE, André. Ob. cit., pp. 99-100.

<sup>113</sup> MORIN, Edgar. Por uma reforma do pensamento. In: PENA-VEJA, Alfredo; NASCIMENTO, Seimar Pinheiro (Orgs.). **O pensar complexo**. Rio de Janeiro: Garamond, 1999, p. 29.

<sup>114</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. Porto: Afrontamentos, 1996, p. 53.

<sup>115</sup> IDEM, p. 56.

As intransigências que decorrem da especulação metafísica e do positivismo científico, aquela não abrindo mão do método dedutivo e este sem abdicar do método descritivo, colocou o homem ora acima, ora abaixo do plano de uma racionalidade cuja multiplicidade e circunstancialidade faz com que a sua percepção, a sua aparição à consciência, reclame um posicionamento que considere os imprevistos como inadequação à busca das essências, contentando-se, por sentido de utilidade, com seu existir, fatores que “explicam por que a fenomenologia é tão difícil de se definir, toda definição só podendo ser momentânea e parcial e exigindo, pois, a abstração do movimento que não cessa de puxá-la para diante dela própria”,<sup>116</sup> e por que “a fenomenologia não deve ser exposta como um método estritamente definido e do qual não se pudesse mais sair e, ainda menos, como um sistema filosófico definitivamente estruturado”,<sup>117</sup> Apesar disto, demanda-se atualmente um retorno às próprias coisas, pois mesmo considerando a sua inconstância, ao menos o homem estará em uma relação nivelada com a realidade.

Tal se dá muito por conta da dimensão dúplice do tempo, tanto considerado objetiva e concretamente como subjetiva e intersubjetivamente. No primeiro caso, fala-se em tempo dos relógios, igual, quantitativo; no segundo, diz-se tempo social, desigual, qualitativo.

Paulo Dourado de Gusmão externa entendimento de que “O tempo social, que é qualitativo e cuja duração pode ser de séculos, não sendo medido pelo relógio, é diverso do tempo cronológico”.<sup>118</sup> Vê-se assim que

O tempo social é constituído de momentos desiguais cuja duração pode ser de séculos, anos ou medidos pela vida de um líder. Alguns desses momentos são ricos de acontecimentos ou de obras culturais, enquanto outros pobres. Dentro das fronteiras geográficas de um país, como, por exemplo, é o caso do Brasil, temos grupos que vivem tempos sociais diferentes.<sup>119</sup>

Bodil Jönsson afirma que podemos considerar o tempo objetivamente contado, o tempo atômico, dos relógios, ao lado do tempo subjetivamente vivido, pessoal. Para ela, “o tempo vivido é, de fato, tão verdadeiro quanto o tempo dos

---

<sup>116</sup> DARTIGUES, André. **O que é fenomenologia?** São Paulo: Moraes, 1992, p. 168.

<sup>117</sup> IDEM, p. 168.

<sup>118</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 66.

<sup>119</sup> IDEM, p. 66.



relógios”,<sup>120</sup> salientando que “o que há apenas é que esses tempos são verdadeiros em dimensões diferentes”.<sup>121</sup> Trata-se de artificialidade técnica (tempo dos relógios) que conduz à eficácia<sup>122</sup> das subjetividades (tempo social). Neste caso,

A técnica, o artificial tem justamente como objetivo a eficácia no regime *inter-humano*. Há pessoas que dizem que a técnica é desumana. Não é o caso. Há pessoas que são humanas ou desumanas. A técnica é a técnica, e, às vezes, tão ruim que deixa de sê-lo. A interação mais normal entre a técnica e o homem está no fato de que ela religa os homens.<sup>123</sup>

O tempo dos relógios como dimensão do tempo em sua concepção geral se apresenta como algo definido e mensurável, independentemente da opção humana. Por outro lado, a dimensão subjetiva do tempo está relacionada com a expectativa humana e “é precisamente o seu tempo, tanto na maneira como você lida com ele, como na maneira de encará-lo – seja em seus pensamentos, seja nos sentimentos”.<sup>124</sup> Pode-se afirmar, então, que “O tempo vivido e pessoal é o que há de mais importante para o indivíduo. Alguns meios são mais apropriados ou menos apropriados para a percepção do tempo e do ritmo pessoal”.<sup>125</sup> Aqui, a eficiência<sup>126</sup> da artificialidade técnica (tempo objetivo), sempre dependente da experiência humana, desde as suas fases etárias até os seus estágios cognitivos. Vale a colocação feita por Whitrow:

A vida emocional também influencia nossa experiência de tempo. As diferenças temperamentais entre aqueles que se comunicam rápido ou agem conforme seus pensamentos e aqueles que só agem, quando agem, depois de muito atraso ou instigação, podem ser vistas como variações da experiência de tempo. Isso torna-se claro ao compararmos o conceito de tempo de adultos normais, criados nas tradições da civilização ocidental, com as diferentes idéias de tempo de pessoas de outras culturas. Hoje tendemos a considerar instintivo e inevitável o reconhecimento da natureza linear progressiva do tempo. Não há dúvida de que essa idéia é influenciada

---

<sup>120</sup> JÖNSSON, Bodil. **Dez considerações sobre o tempo**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004, p. 31.

<sup>121</sup> IDEM, p. 31.

<sup>122</sup> *Eficácia* que, de acordo com Hilton JAPIASSÚ e Danilo MARCONDES (**Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 78), consiste na “Propriedade de uma coisa ou de uma pessoa de poder agir efetivamente” ou “Toda causa real ou todo poder capazes de produzir um efeito”. Portanto, não guardando preocupação com a qualidade, mas com o simples alcance de um resultado pretendido.

<sup>123</sup> JÖNSSON, Bodil. Ob. cit., p. 31.

<sup>124</sup> IDEM, p. 35.

<sup>125</sup> IDEM, p. 36.

pelo fato de o progresso de pensamento ter a forma de uma seqüência linear. No entanto, a capacidade de sintetizar, em uma ordem de tempo única, unidimensional, as experiências associadas aos diferentes sentidos é um produto tardio e sofisticado da nossa evolução não só biológica como também social.<sup>127</sup>

A dupla dimensão do tempo se apresenta como fator marcante para o movimentar-se e o definir-se socialmente, quantificando e qualificando as relações sociais em sua eterna mutação. É assim que, de acordo com Piotr Sztompka,

Quando relacionado às mudanças sociais, o tempo pode apresentar dois aspectos. Primeiro, ele pode servir como quadro externo para a medição de eventos e processos, ordenando o seu fluxo caótico em benefício da orientação humana ou da coordenação das ações sociais. Isso é “tempo quantitativo”, indicado pelos dispositivos convencionais, como relógios e calendários, os quais nos permitem identificar as distâncias, velocidades, intervalos e duração comparativa a ocorrências sociais diversas. (...). Existe no entanto um outro modo pelo qual o tempo se mistura com a mudança social, não mais como quadro extenso convencionado, mas como propriedade interna, imanente e ontológica de eventos e processos sociais. Trata-se do “tempo qualitativo”, definido pela natureza dos processos sociais.<sup>128</sup>

Peter Pál Pelbart busca, em Gilles Deleuze, a postura estoica de que, ao lado dos três momentos no tempo (passado, presente e futuro), não se pode fugir das duas dimensões simultâneas do tempo: a objetivação (*cronos*) e a subjetivação (*aion*). Aquele, como medida; este, como especificação.

Cronos é o tempo da medida ou da profundidade desmedida, ao passo que Aion é o da superfície. Cronos exprime a ação dos corpos, das qualidades corporais, das causas, Aion é o lugar dos acontecimentos incorporais, dos atributos, dos efeitos. Cronos é o domínio do limitado e infinito, Aion do finito e ilimitado. Cronos tem a forma circular, Aion é linha reta. Sensato ou tresloucado, Cronos é sempre da profundidade, localizado e localizável, assinalado e assinalável. Aion é radicalmente atópico, ou “transtópico”, mas também, num certo sentido, condição de qualquer assinalamento temporal.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Para Nicola ABBAGNANO (Ob. cit., p. 307), *eficiência* tem sido compreendida como “correspondência ou adequação de um instrumento à sua função ou de uma pessoa à sua tarefa”, vinculada, destarte, à qualidade dos fins almejados.

<sup>127</sup> WHITROW, G. J. **O que é tempo?** Uma visão clássica sobre a natureza do tempo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, pp. 49-50.

<sup>128</sup> SZTOMPKA, Piotr. **A sociologia da mudança social**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, pp. 90-91.

<sup>129</sup> PELBART, Peter Pál. **O tempo não-reconciliado**: imagens de tempo em Deleuze. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 72.

Se debruçando sobre o tempo cronológico, Paul Davies se encontra com a relatividade dos relógios, afetados que são pelo movimento subjetivo do observador, aparentando-se ao enigma conhecido como paradoxo dos gêmeos, segundo o qual, diante de dois observadores, o tempo pode ser “percebido” de modo assimétrico, assim por conta do fato de que a sua dimensão concreta (objetiva) é afetada por sua outra dimensão (subjetiva).

Possivelmente aqui, na dupla dimensão do tempo, o repouso indispensável para abrigar *kairos*, lado progressivamente linear e finito de todas as coisas no tempo, fugaz e fugidio instante do existente enquanto existindo, e *aion*, eternidade criativa e criadora, eterna repetição, perpétuo retorno à origem que impede o fim.

#### 1. 4. O direito em concepções estática e dinâmica

Sabe-se que o existir se compõe de infinitos fragmentos que, em si, formam outros existires. Entretanto o tempo que delimita a existência de cada coisa permite, pela apreensão sensível do objeto sobre o qual incide, uma totalidade do seu existir denominada duração e explicitada por Whitehead nos seguintes termos: “Nossa apreensão sensível apresenta, por um discernimento imediato, uma certa totalidade, aqui denominada uma ‘duração’; portanto, uma duração é uma entidade natural definida”.<sup>130</sup> Como se infere, a realidade empírica, por tal forma estrutural, é ponto fundamental na caracterização artificial do tempo.

Ao ser considerado como intuição do movimento, o tempo assume outra estrutura pela incidência geral e sistêmica no objeto, absorvendo a sua duração por intuição psicológica e para a realização de comparações com objetos análogos, pois, como preleciona Henri Bergson, “a matéria, tal como a captamos numa percepção concreta que ocupa sempre uma certa duração, deriva em grande parte da memória”.<sup>131</sup> Nestes termos, o tempo esboça uma circularidade que permite

---

<sup>130</sup> WHITEHEAD, Alfred North. Ob. cit., p. 66.

<sup>131</sup> BERGSON, Henri. **Matéria e memória**: ensaio sobre a relação do corpo com o espírito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 213.

o eterno retorno do fim de determinado objeto que encerra a sua existência para o início de objeto que lhe seja análogo e que começa a existir, através da intuição comparativa que é feita entre ambos.

Por essa forma estrutural, onde é feita uma dogmatização pela memorização da duração de um objeto para compará-la com a de objeto análogo, diferencia-se, embora de modo interligado, a estrutura do tempo enquanto número de medição da existência do objeto sobre o qual incide, da sua estrutura enquanto movimento intuído, uma vez que, nesta hipótese, estará atado a analogias. Convém retornar a Bergson, para quem

Empirismo e dogmatismo concordam, no fundo, em partir dos fenômenos assim reconstituídos, e diferem apenas no fato de o dogmatismo prender-se mais à forma, o empirismo à matéria. O empirismo, com efeito, percebendo vagamente o que há de artificial nas relações que unem os termos entre si, atem-se aos termos e negligencia as relações. Seu erro não consiste em dar demasiado valor à experiência, mas ao contrário em substituir a experiência verdadeira, aquela que nasce.<sup>132</sup>

Com o fenômeno jurídico ocorre também assim, estando a sua estática e a sua dinâmica na dependência da posição em que estiver e for observado, tanto que Francesco Carnelutti, após dizer que “A consideração estática é, vulgarmente, a que se faz tendo uma coisa imobilizada, e a consideração dinâmica a que se faz pondo-a em movimento”,<sup>133</sup> promana que:

Estática e dinâmica não são, pois, por seu turno, senão modos de ser do observador e da observação, não da realidade. A realidade em si não é estática, nem dinâmica. Só quando isolamos, por abstração, um ou mais objetos, é que se gera a idéia do movimento e da permanência. Os princípios de estática e de dinâmica não significam senão as regras da observação desenvolvida deste ou daquele modo, e o resultado da observação conduzida num ou no outro sentido.<sup>134</sup>

Para os que demonstram dificuldade em aceitar a noção de tempo absoluto, a tendência é relacionar o aspecto estático do fenômeno com o espaço, e esta parece ser a posição de Carnelutti, ao afirmar que “No sentido espacial obtém-se a consideração estática”.<sup>135</sup> Entretanto, para fenômenos não materializados como

---

<sup>132</sup> IDEM, p. 214.

<sup>133</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Lejus, 2000, p. 36.

<sup>134</sup> CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit., p. 36.

<sup>135</sup> IDEM, p. 35.

o direito, cuja forma é idealizada abstratamente, dar à sua estática uma relação espacial resulta na aporia de buscar forma em um fenômeno que só demanda uma forma inautêntica, ou, como propõe Jeannette Maman,<sup>136</sup> cuja autenticidade só pode ser encontrada na sua finalidade, a justiça. Mesmo Carnelutti, culminou por reconhecer que no tocante ao fenômeno jurídico, “Não temos diante de nós nem sequer a fórmula original da idéia do legislador, do juiz ou do contratante, porque essa fórmula é um ato, algo assim como uma cópia”.<sup>137</sup> Portanto, de difícil idealização espacial.

Na obra *Metodologia do Direito*, Carnelutti vê, no fenômeno jurídico, duas características que devem ser consideradas para a questão relativa à sua estática e à sua dinâmica, uma dizendo respeito à sua realidade e a outra relacionada com a sua institucionalização.

O realismo jurídico, diz Carnelutti, não pode ser confundido com o positivismo nem com o materialismo, dadas as dificuldades teóricas que indica para ambos, fundamentando-se, primordialmente, na imediação de cumprimento dos atos jurídicos e, como tais atos são de tal forma circunstanciais, dá ao fenômeno jurídico uma indisfarçável dinamicidade. “Porém – afirma Carnelutti –, a imediação da observação não basta”,<sup>138</sup> sendo de exigir-se uma completude para o fenômeno jurídico, só obtível com a sua institucionalidade, que resulta em sua estabilidade teórica, reconhecendo-lhe a característica estática.

Sendo verdade que o realismo jurídico enfrenta o problema da efemeridade que o fraciona e fragiliza teoricamente, não é menos verdadeiro que o institucionalismo jurídico se defronta com o hermetismo teórico resultando em baixa efetividade. A par disto, Carnelutti propõe a unidade – no sentido de conciliação das dificuldades indicadas – do fenômeno jurídico, atribuindo-lhe complexidade temporal que conjumine aspectos de sua estática institucional com os de sua dinâmica realística, reconhecendo, ao fenômeno jurídico, um tempo em função dupla, já que “a estática e a dinâmica são setores que se prestam a ser decompostos, pois cada uma das situações e cada um dos atos que resultam da observação são observadas

---

<sup>136</sup> MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia existencial do direito**: crítica do pensamento jurídico brasileiro. São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 73.

<sup>137</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do direito**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 45.

<sup>138</sup> IDEM, p. 47.

*in se* e em suas combinações”.<sup>139</sup> Vale, para a hipótese ventilada, a proposição de Otto Brusiin, que ao esclarecer sobre o pensamento jurídico, ministrou que “Todo o conjunto de normas jurídicas pode ser concebido como uma gigantesca rede lançada sobre a tão multiforme ou diversa realidade social”.<sup>140</sup>

Pode-se, então, pensar o fenômeno jurídico como dinâmico em sua efetiva realização e estático em sua teoriação universalizante.

#### 1. 5. Temporalidades jurídicas fenômeno-hermenêuticas

O problema gnosiológico passa pela ontologia do existir, a não ser que se postule um resultado imponderável, pois, seja em que condição for, os mais variados graus do que existe deve, concreta ou abstratamente, permitir saber que o existente somente admite uma existência para formular a dialética da negação, uma antítese existencial, negando apenas para delimitar o que existe.

Os predicados do que existe não demandam categorização. A proposição desses predicados deve, necessariamente, ser categorizada por abstrações antecedentes (possibilidades) e conseqüentes (necessidades), ou por concretudes anteriores (realidade) e posteriores (existência), a partir do que, a possibilidade do existir decorre do fato de algo ser pensado sem que se apresente, enquanto que a necessidade resulta de algo se ter apresentado sem ter sido pensado; de outro modo, a realidade de algo decorre do fato dele ter sido pensado por ter-se apresentado, e a sua existência resulta do fato de apresentar-se depois de ter sido pensado.<sup>141</sup>

Buscando superar o dualismo estabelecido pela abstração e pela concreção das coisas, o pensamento ocidental se defrontou historicamente com outra bifurcação: os objetos e os acontecimentos devem ser considerados em si mesmos, sem relação com as formas de espaço, tempo e causalidade (númeno), e,

---

<sup>139</sup> CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit., p. 53.

<sup>140</sup> BRUSIIN, Otto. **O pensamento jurídico**. Campinas: EDICAMP, 2001, p. 116.

por outro lado, se mostram, se revelam e se manifestam ao pensamento (fenômeno).

Da idéia de que o conhecimento resulta de um certo ponto de vista, o númeno passou a desinteressar à questão gnosiológica, exceto no que diz respeito a um eu-numênico possibilitador do auto-conhecimento e do livre-arbítrio, pois, no restante, as coisas e os acontecimentos em si mesmos resultam incognoscíveis.

Pelo mostrar-se, revelar-se e manifestar-se na consciência, os objetos e os acontecimentos, moldados pelas faculdades cognitivas, absorvem as preocupações gnosiológicas, e, dada a multiplicidade e o movimento das coisas, houve-se Edmund Husserl pela necessidade de buscar uma metodologia fenomenológica, radicalizando ao propor uma padronização de dados sensíveis como indicativos de uma fenomenologia de ordem superior, suscitando “a possibilidade concreta da idéia cartesiana de uma ciência universal a partir de um fundamento absoluto”,<sup>142</sup> enfrentando o acaso existencial com uma proposta apriorística diferente do apriorismo kantiano por submeter-se a uma origem nos próprios fenômenos, reduzindo-os a uma experiência fenomenológica que formule, via intuição, a percepção de fatos análogos posteriores, salientando, neste sentido, que

Uma fenomenologia que se desenvolve rigorosamente constrói, portanto, *a priori*, mas com uma necessidade e uma generalidade estritamente intuitivas, as formas dos mundos imagináveis; ela os constrói nos quadros de todas as formas dos mundos imagináveis do ser em geral e do sistema das suas articulações. Mas isso de maneira “original”, ou seja, em correlação com o *a priori* das estruturas das funções intencionais que os constituem.<sup>143</sup>

Tal redução fenomenológica, criticada por conduzir-se próxima ao solipsismo do cogito cartesiano, diferencia-se dele por ensejar “Não mais uma ontologia formal e vazia, mas uma que inclui todas as possibilidades regionais de existência, segundo todas as correlações que eles implicam”.<sup>144</sup> Por outras palavras,

---

<sup>141</sup> KANT, Immanuel. **Realidade e existência**: lições de metafísica – introdução e ontologia. São Paulo: Paulus, 2002, p. 62.

<sup>142</sup> HUSSERL, Edmund. **Meditações cartesianas**: introdução à fenomenologia. São Paulo: Madras, 2001, p. 166.

<sup>143</sup> HUSSERL, Edmund. Ob cit., 166.

<sup>144</sup> IDEM, p. 167.

embora a redução fenomenológica buscasse uma possibilidade *a priori*, intuitiva e generalizante para as propostas humanas de perceber os objetos e os acontecimentos que se mostram ao pensamento, tal apriorismo diferencia-se do kantiano por ter origem em percepções anteriores de objetos e acontecimentos análogos, como o próprio Husserl culminou por explicar:

Essa ontologia universal e concreta (ou essa teoria das ciências concreta e universal, essa lógica concreta do ser) apresentaria, em conseqüência, o universo das ciências, primeiro em si, e tendo um fundamento absoluto: de início a egologia “solipsista”, a do ego reduzido à esfera primordial; em seguida viria a fenomenologia intersubjetiva, fundada na egologia solipsista. Essa última estuda inicialmente as questões universais, para, em seguida, ramificar-se em ciências apriorísticas particulares. Essa ciência total do *a priori* seria então o fundamento das ciências empíricas autênticas, e de uma filosofia universal autêntica, no sentido cartesiano de ciência universal e de fundamento absoluto do que existe de fato. Toda a racionalidade do fato consiste no *a priori*. A ciência apriorística é aquela dos princípios aos quais as ciências empíricas devem recorrer para encontrar seu fundamento definitivo. Mas a ciência apriorística não deve ser ingênua; deve provir das fontes transcendentais fenomenológicas mais profundas e ter a forma *a priori*, que o é em todos os aspectos, que se apóia em si mesmo e se justifica por si mesmo.<sup>145</sup>

O que Husserl propõe não é uma redução a uma teoria dedutiva nos moldes cartesianos; tampouco ao que chama de metafísica ingênua. Por suas próprias palavras, a sua proposta “não ataca os motivos e os problemas que animavam internamente a tradição antiga”,<sup>146</sup> mas sim a forma como os problemas gnosiológicos eram colocados, e os métodos utilizados para a sua compreensão.

No dizer de Giovanni Reale e Dario Antiseri, “A fenomenologia pretende ser *ciência de essências* e não dados de fato”,<sup>147</sup> já que “Ela é fenomenologia, ou seja, ‘ciência dos fenômenos’, porém o seu objetivo é *descrever os modos típicos* com os quais os fenômenos se apresentam à consciência”.<sup>148</sup> E prossegue: “Os objetos da fenomenologia são as essências dos dados de fato, são os universais que a consciência intui quando a ela se apresentam os fenômenos”.<sup>149</sup>

---

<sup>145</sup> IDEM, p. 169.

<sup>146</sup> IDEM, p. 169.

<sup>147</sup> REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: do romantismo até nossos dias. Volume 3. São Paulo: Paulus, 1991, p. 560.

<sup>148</sup> IDEM, p. 560.

<sup>149</sup> IDEM, p. 560.



Neste sentido, o método fenomenológico culmina por estabelecer dois referenciais ontológicos, um formal (pelo qual são admitidas as proposições lógico-matemáticas) e outro material (pelo qual são estudados setores regionais do conhecimento).

Partindo da máxima generalidade ínsita ao referencial formal, mostra-se possível ao movimento fenomenológico descer a especificidades teóricas das ontologias regionais, sem perder-se em efemeridades inconsistentes, já que, como salienta Max Scheler, os fatos em geral estariam vinculados por uma essencialidade fenomenológica – cuja experiência decorre do fato fenomênico –, simplificando e compondo todos os demais fatos, ao compreender que “os fatos psíquicos passíveis de ser pensados como mais complexos e mais compostos (...) podiam, não obstante, ser simples na medida em que são fenomenais, como se eles estivessem presentes em um ato do vivenciar”.<sup>150</sup>

Objetos e acontecimentos, na proposta de Scheler, devem ser agregados pelo valor, abrindo oportunidade para uma ontologia personalista que só o eu-fenomenológico husserliano viabiliza, fugindo do espiritualismo abstrato, do psicologismo técnico e do formalismo kantiano. Com isto, e a partir dos estágios sugeridos por Augusto Comte, Max Scheler postulou um sociologizar do conhecimento em três modulações (religioso, metafísico e técnico), apoiando-se na ontologia regional da proposta husserliana.

Atento à redução fenomenológica de Husserl e insatisfeito com o criticismo que periga revelar-se em uma dogmática superlativa, Nicolai Hartmann buscou em Scheler uma base fenomenológica para agregar à ética uma axiologia que, nas palavras de Reale e Antiseri, pode ser resumida da seguinte maneira:

A vida do espírito se inicia com a realização moral da pessoa (espírito pessoal), desenvolve-se na história como força real, transcende os indivíduos e as gerações (espírito objetivo) e se consolida e perpetua nas instituições jurídicas e nas obras concretas de arte, da ciência e da cultura em geral (espírito objetivado).<sup>151</sup>

Vai-se, portanto, a Hegel, já que o método fenomenológico não deve ser tido como mera introdução à teoria do conhecimento, e sim uma fase original da própria gnosiologia, tanto que Paulo Menezes, após afirmar que “A Fenomenologia

---

<sup>150</sup> SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores**: ensaios e artigos. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 44.

do Espírito é uma propedêutica à Filosofia”,<sup>152</sup> pois “enquanto mostra como o saber, passando por várias figuras, eleva-se sofredamente do conhecimento à Ciência”,<sup>153</sup> conclui que a consciência pré-científica já contém um critério de verdade, não sendo, portanto, simples introdução.

Hegel propõe, por conta disto, uma fenomenologia do espírito como introdução ao método fenomenológico no sentido de atribuir-lhe originalidade metodológica e não como inferioridade teórica. Tanto que após dizer que “É por essa necessidade que o caminho para a ciência já é ciência ele mesmo, e, portanto, segundo seu conteúdo, é ciência da *experiência da consciência*”,<sup>154</sup> conclui:

A experiência que a consciência faz sobre si mesma não pode abranger nela, segundo seu conceito, nada menos que o sistema completo da consciência ou o reino total da verdade do espírito. Seus momentos se apresentam assim nessa determinidade peculiar, de não serem momentos abstratos ou puros, mas sim, tais como são para a consciência ou como a mesma aparece em sua relação para com eles; por uso os momentos do todo são *figuras da consciência*. A consciência, ao abrir caminho rumo à sua verdadeira existência, vai atingir um ponto onde se despojara de sua aparência: a de estar presa a algo estranho, que é só para ela, e que é com um outro. Aqui a aparência se torna igual à essência, de modo que sua exposição coincide exatamente com esse ponto da ciência autêntica do espírito. E, finalmente, ao apreender sua verdadeira essência, a consciência mesma designará a natureza do próprio saber absoluto.<sup>155</sup>

Essa abertura ao fenômeno interpretativo viabiliza a fenomenologia hermenêutica, pois, do contrário, pode-se incorrer em uma analítica que, no dizer de Karl-Otto Apel, “é uma filosofia que vê como seu verdadeiro tema a justificação e a delimitação”<sup>156</sup> do saber objetivo, ou a uma cientificidade subjetiva que dificulte os atos do elucidar e compreender, já que a hermenêutica, ao proporcionar o entendimento do sentido, auxilia na elucidação dos objetos e dos acontecimentos, mesmo quando estes ocorram

---

<sup>151</sup> REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. Ob. cit., p. 575.

<sup>152</sup> MENEZES, Paulo. **Para ler a fenomenologia do espírito**: roteiro. São Paulo: Loyola, 1992, p. 18.

<sup>153</sup> IDEM, p. 32.

<sup>154</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 81.

<sup>155</sup> IDEM, pp. 81-82.

<sup>156</sup> APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia II**: o a priori da comunidade de comunicação. São Paulo: Loyola, 2000, p. 34.

(...) como consequência de outros acontecimentos, mesmo que essa concatenação objetiva, ao contrário do nexo causal das ciências naturais, seja mediatizada pelo entendimento das razões racionais, das disposições emocionais, das expectativas comportamentais obrigatórias, dos valores institucionalizados e da demarcação individual dos objetivos”.<sup>157</sup>

Opta-se pela fenomenologia hermenêutica dada a necessidade de maior objetivação das regras de interpretação, como tentativa de afastar questões subjetivas necessárias mas, por outro lado, problematizadoras dos estudos hermenêuticos.

Todo homem concebe a realidade à qual está envolvido em suas variadas proposições e, por conta disto, faz asserções aos fenômenos que formatam tal realidade, tanto pelo acesso imediato ao objeto real ou fictício, como pelo deparar-se com o signo representador dessa realidade, sendo que, em ambas as hipóteses, processa uma busca de significados por experiências colaterais<sup>158</sup>, via leituras passionais imediatas ou postergadas, a ponto de Umberto Eco lembrar que “quando lemos duas vezes descobrimos que – digamos – com vinte anos de idade adoramos um personagem, e com quarenta o detestamos”.<sup>159</sup>

Convém, pois, minimizar sobredita efemeridade da interpretação subjetivada onde, inclusive, sobrepuja uma falibilidade cognitiva, buscando elementos conjunturais da interpretação e do dialogar com o objeto interpretado, verificando-lhe aspectos de pertinência e relevância e, com isto, evitar exageros de uso como advertiu Richard Rorty,<sup>160</sup> ou os exageros da superinterpretação defendidos por Jonathan Culler.<sup>161</sup> Do contrário, salienta Christine Brooke-Rose, o risco será enorme de ocorrer uma interpretação imaginada, mítica, hermética ou absurda, ou mesmo, em sentido contrário, de maneira realista que não demande asserção alguma. No primeiro caso, uma superinterpretação; no segundo uma subinterpretação.<sup>162</sup> Ou então, uma interpretação solipsista cuja eventualidade dispensa totalmente o histórico fenomenológico.

---

<sup>157</sup> IDEM, p. 128.

<sup>158</sup> PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 2000, pp. 167-168.

<sup>159</sup> ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 168.

<sup>160</sup> RORTY, Richard. A trajetória do pragmatismo. In: ECO, Umberto. Ob. cit., pp. 105-127.

<sup>161</sup> CULLER, Jonathan. In: ECO, Umberto. Ob. cit., pp. 129-146.

<sup>162</sup> BROOKE-ROSE, Christine. História palimpsesta. In: ECO, Umberto. Ob. cit., pp. 147-162.

Refletindo sobre o universal e o particular, Friedrich Schleiermacher afirma “que assim como o todo seguramente é compreendido a partir do particular, também o particular apenas pode ser compreendido a partir do todo”,<sup>163</sup> e, com isto, dando abertura para uma particularização ontológica da teoria da interpretação através do método fenomenológico, resultando em especificidades hermenêuticas, por exemplo a hermenêutica jurídica.

Trata-se, como acentua Gianni Vattimo, de uma ontologia onde a hermenêutica seja conduzida por um ideal de “modelo a realizar numa sociedade liberada das opacidades criadas pela neurose, pela desigualdade, pela penúria”<sup>164</sup>, viabilizador de “uma consciência hermenêutica mais aguda para fundar uma crítica literária e artística mais abrangente, que, sobretudo, leve em maior conta a inversão da obra no contexto histórico em que surgiu e no contexto em que se prolonga e continua a agir”.<sup>165</sup> Como se vê, uma hermenêutica que se compraz em interpretar os acontecimentos como fenômenos, tanto nas circunstâncias de sua efetiva ocorrência como no momento de sua compreensão e/ou analogia com fatos presentes.

Dada a pluralidade de possibilidades hermenêuticas, Vattimo remete a Hans-Georg Gadamer e este, após esclarecer que “Como teoria da interpretação, não é simplesmente uma teoria”,<sup>166</sup> lembra que

(...) a Hermenêutica esboçou sempre a exigência de que sua reflexão acerca das possibilidades, regras e meios de interpretação sirva e promova, de modo imediato, a práxis, enquanto que, por exemplo, uma teoria da lógica tem uma aspiração mais alta que a de promover o pensamento lógico ou a teoria dos números e, com isso, promover o cálculo. Por esta razão, a Hermenêutica pode ser entendida, numa primeira aproximação, como “teoria da arte” assim como também a retórica, por exemplo (...). Os livros que levaram o título de “hermenêutica” tinham, na maioria das vezes, um caráter puramente pragmático-ocasional e ajudavam na compreensão de

---

<sup>163</sup> SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 47.

<sup>164</sup> VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 110.

<sup>165</sup> IDEM, p. 110.

<sup>166</sup> GADAMER, Hans-Georg. **A razão na época da ciência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 61.

textos difíceis, mediante a classificação das passagens que ofereciam dificuldades de compreensão.<sup>167</sup>

O método fenomenológico, como de observar, interage com a hermenêutica proposta por Gadamer, via conjugação que pode ser dita fenomenológico-hermenêutica, espécie de hermenêutica regional, conforme propõe Paul Ricoeur,<sup>168</sup> uma vez que, ao lado de uma reflexão crítica sobre a hermenêutica (o que não ocorre com a hermenêutica geral), há que ser pensada uma reflexão hermenêutica em torno da crítica, sem o rigor do criticismo radical.

A fenomenologia esteve submetida a implicações epistemológicas. Na redução eidética de Husserl, promovendo uma superação à objetividade científica – sem olvidá-la, é verdade –, e na eticidade axiológica de Scheler, uma crítica, de certo modo, ao idealismo transcendental. A partir de Martin Heidegger, tal problema encontrou equilíbrio na historicidade de um ser interpretado segundo a sua temporalidade, “quando o tempo se revela como horizonte do ser”,<sup>169</sup> relacionando-se fundamentalmente ao método hermenêutico que reside na compreensão do ser, pois

*Compreender não é um ideal resignado da experiência de vida humana na idade avançada do espírito, como em Dilthey, mas tampouco, como em Husserl, um ideal metódico último da filosofia frente à ingenuidade do ir-vivendo, mas ao contrário, é a forma originária de realização da pré-sença, que é ser-no-mundo. Antes de toda diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da pré-sença na medida em que é poder-ser e “possibilidade”.<sup>170</sup>*

Heidegger procura desenvolver, via críticas históricas e hermenêuticas, uma pré-estrutura do compreender, firmando a teoria da interpretação como método da compreensão, portanto uma fenomenologia hermenêutica, já que também esta se apresenta com os elementos do fenômeno e do logos.

Destarte, o método hermenêutico não somente admite como torna necessário e conveniente uma fenomenologia hermenêutica, pois é nesta sua

---

<sup>167</sup> GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit., pp. 61-62.

<sup>168</sup> RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990, pp. 131-146.

<sup>169</sup> GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit., p. 389.

<sup>170</sup> IDEM, p. 392.

regionalidade que a compreensão acerca das coisas que se apresentam ao conhecimento se atualizam historicamente.

Com a propriedade de sempre, Nelson Saldanha disse que “Pensar sobre o direito significa tomá-lo como objeto”,<sup>171</sup> informando que tal evidência “é uma concessão que podemos fazer aos formalistas e à fenomenologia”.<sup>172</sup> E conclui: “Pensar sobre determinado objeto supõe distingui-lo de outros”.<sup>173</sup>

Seja qual for, portanto, a vertente considerada, há que ser o direito identificado e distinto de outros fenômenos, por mais correlatos que sejam, postura que pode sofrer a pecha de reducionista, mas, ao menos, refoge ao relativismo pluralista e pragmático suscitado por Jean-André Arnaud, que, apesar dos defensos de Wanda Capeller,<sup>174</sup> culmina por encerrar uma sociologização do direito, a ponto de ver com desconfiança a ontologia jurídica como tema filosófico.<sup>175</sup>

Ao contrário do que possa rapidamente parecer, não consta aqui nenhum advogar em prol de Tobias Barreto, quando sugere que a sociologia seja “apenas o nome de uma aspiração tão elevada, quão pouco realizável”,<sup>176</sup> mas de uma consideração que busque a necessária epistemologia jurídica.

O fenômeno jurídico, explica Nelson Saldanha,<sup>177</sup> passa por uma metodologia que defina a sua conceituação, verifique as estruturas de sua natureza e estabeleça as suas relações com os fenômenos afins, apesar da advertência de João Maurício Adeodato de que “o direito, enquanto fenômeno intersubjetivo, não pode ser definido a partir da consciência individual; a partir da consciência coletiva, que sequer existe como fenômeno, muito menos”.<sup>178</sup> Quiçá tal aporia decorra mais do preconceito acerca da existência dos fenômenos da consciência coletiva e da intersubjetividade, servindo ao primeiro problema a voz de Pierre Lévy, sobre uma “inteligência distribuída por toda parte, incessantemente valorizada, coordenada em

---

<sup>171</sup> SALDANHA, Nelson. As constantes axiológicas da cultura e da experiência jurídica brasileira. In: **Anuário do Mestrado em Direito da UPFE**. Nº 4. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 1998a, p. 7.

<sup>172</sup> IDEM, p. 8.

<sup>173</sup> IDEM, p. 8.

<sup>174</sup> CAPELLER, Wanda de Lemos. André-Jean Arnaud: uma obra de transgressão. In: ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, pp. 7-21.

<sup>175</sup> ARNAUD, André-Jean. Ob. cit., p. 247.

<sup>176</sup> BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 11.

<sup>177</sup> SALDANHA, Nelson. Ob. cit., pp. 47-67.

tempo real, que resulta em uma mobilização efetiva das competências”,<sup>179</sup> robustecida por Merleau-Ponty, ao destacar um eu-outro-as coisas, ensinando que

Este campo fenomenal não é um “mundo interior”, o “fenômeno” não é um “estado de consciência” ou um “fato psíquico”, a experiência dos fenômenos não é uma introspecção ou uma intuição no sentido de Bergson. Por muito tempo se definiu o objeto da psicologia dizendo que ele era “inextenso” e “acessível a um só”, e daí resultava que esse objeto singular só podia ser apreendido por um ato todo especial, a “percepção interior” ou introspecção, na qual o sujeito e o objeto estavam confundidos e o conhecimento era obtido por coincidência. O retorno aos “dados imediatos da consciência” tornava-se assim uma operação sem esperanças, já que o olhar filosófico procurava *ser* aquilo que por princípio ele não podia *ver*.<sup>180</sup>

Mencionar estudos que envolvam a psicologia social pode parecer um refúgio externo ao direito. A práxis jurisdicional, todavia, envolve-se em intersubjetividades que, se não esclarece, ao menos abre o debate em torno do fenômeno jurídico. As técnicas para controlar a sinceridade nos depoimentos judiciais, citadas por Mira y López,<sup>181</sup> parecem assim demonstrar.

No tocante à intersubjetividade, Lourival Vilanova, após admitir uma relação assubjetiva – exemplifica com a hipótese da herança jacente –, se posicionou afirmando que “em toda relação jurídica está um termo-sujeito em face de *outro* termo-sujeito”,<sup>182</sup> e que tal relação “*É a expressão lógica da alteridade, da intersubjetividade, do estar ante outros ligados pela normatividade jurídica*”.<sup>183</sup> Até mesmo quanto a direitos básicos como o de ser considerada juridicamente pessoa, esteve mencionado jurista defendendo que

(...) quem tem o direito de ser pessoa tem-no perante outrem, que tem dever. Um sujeito A não tem direito de ser pessoa ante ele próprio: falta reflexibilidade. Tem-no perante *outro*: a relação é *alio-relativa*. O ser pessoa ocorre numa relação interpessoal. Se o outro é individuado, diz-se direito subjetivo relativo; se indeterminado, compreensivo de uma totalidade de outros sujeitos, diz-se direito

---

<sup>178</sup> ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência** (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 163-164.

<sup>179</sup> LÈVY, Pierre. **A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço**. São Paulo: Loyola, 1998, p. 28.

<sup>180</sup> MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 90.

<sup>181</sup> MIRA Y LÓPEZ, Emílio. **Manual de psicologia jurídica**. Campinas: Péritas, 2000, pp. 161 *passim*.

<sup>182</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: RT, 2000, p. 166.

<sup>183</sup> IDEM, p. 166.

subjetivo absoluto. O ser sujeito (ou o ser pessoa) é um pólo em relações jurídicas intersubjetivas.<sup>184</sup>

A fenomenologia pressupõe tanto a questão *de ser* como a *do ser*, onde *ser* diz respeito à existência e *o ser* ao existir.

Sobre a existência do direito, não há necessidade de maiores indagações, exceto quanto às suas relações espaço-temporal, restando indagar acerca do seu existir, vale dizer, do seu modo de ser, e esta parece ser a característica fundamental do fenômeno jurídico, anunciado por Jeannette Maman com a indagação “qual o ser autêntico jurídico?”,<sup>185</sup> à qual responde: “Não é difícil o encontro do modo autêntico do ser jurídico: a justiça”.<sup>186</sup> É verdade que o fenômeno jurídico não se caracteriza pela sua finalidade – a justiça – e, portanto, é possível que o fenômeno jurídico, o existir, o modo de ser do direito, reclame meditação mais demorada, mas a procura pela identificação do fenômeno jurídico se faz necessária.

#### 1. 6. Presentalidade semântica do direito.

A dogmática pressupõe dois elementos que devem ser considerados para a estrutura do fenômeno jurídico: as regras de direito e os fatos jurídicos, sobressaindo destes os atos jurídicos.

Roberto Piragibe da Fonseca sintetizou regra de direito como “a expressão da vontade geral de que certo fato social seja forçosamente seguido de certo efeito social”,<sup>187</sup> afirmando em seguida que “O fato jurídico pode consistir numa *circunstância de fato*, numa *questão de direito*, num *fenômeno natural estranho à atividade humana* e, ainda, numa *declaração de vontade*”,<sup>188</sup> residindo nesta última a hipótese de ato jurídico.

---

<sup>184</sup> IDEM, p. 167.

<sup>185</sup> MAMAN, Jeannette Antonios. Ob. cit., p. 72.

<sup>186</sup> IDEM, p. 73.

<sup>187</sup> FONSECA, Roberto Piragibe da. **Breviário de principiologia jurídica**: introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Edição Independente, 1958, p. 69.

<sup>188</sup> IDEM, p. 70.



Tradutoras da ordem jurídica, as regras de direito, além de indispensáveis para a superação do anarquismo entre as relações particulares e do despotismo entre as relações públicas da sociedade, contém elementos nas posições antecedentes, fazendo previsão da figura ou modelo de um fato (*fatispecie*), ou conseqüente, estatuidos os efeitos que a norma definidora associa à verificação da *fatispecie*, sendo indiferente que ocasionalmente ocorra a inversão dessa ordem.<sup>189</sup>

Na previsão dos fatos pelas regras de direito está o que se convencionou chamar hipótese jurídica resultante, pois, de uma correlação regra-fato, denominada relação jurídica, cujos efeitos podem ser de grandezas positivas ou negativas, ao constituir ou negar direitos e deveres.<sup>190</sup> Ocorre que existe evidente relatividade nos conceitos de hipótese legal, e por conta disto reclamam eles juízos concretos ou abstratos das regras de direito.

Ao modelá-lo, as regras de direito de mostram algo determinante não da existência, mas, do modo de ser dos fatos, do seu dever-ser jurídico, impondo-se àquelas, porisso mesmo, o pensamento acerca da concretude das regras que fixam esse dever-ser jurídico, as normas jurídicas. Essa subsunção do fato jurídico às regras de direito resulta na indispensável necessidade de um pensamento concreto em torno e a partir destas, ao menos hipoteticamente, para delas extrair objetivações como cristalização determinante do produzido pelo pensamento jurídico<sup>191</sup>. Neste sentido, convém estacionar em Otto Brusiin, para quem

As objetivações do pensamento jurídico no moderno Estado cultural estão, com freqüência, fixadas de forma escrita, razão pela qual sua duração é relativamente grande. Tais objetivações escritas são, por exemplo, os textos de lei, de sentenças, decisões administrativas que constam por escrito, documentos e petições redigidas por advogados.<sup>192</sup>

Ainda conforme Brusiin, a objetivação do pensamento jurídico indica dois aspectos de sua estrutura, um de ordem funcional, que diz respeito às finalidades das regras de direito e admite níveis gerais (totalizantes) ou elementares

---

<sup>189</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral** (uma perspectiva luso-brasileira). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 43-44.

<sup>190</sup> ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988, pp. 75 *et sequens*.

<sup>191</sup> IDEM, p. 75 *et sequens*.

(particularizantes) da relação jurídica, e outro de características históricas, que “não se fixa nos elementos de uma objetivação do pensamento em seu aspecto funcional, mas como sedimentação histórica, ou seja, como algo que pode ser referido a diversas épocas pretéritas”, e se em “uma época determinada ficar compreendido como um todo, cabe distinguir neste todo diferentes estratos”.

Por conta de tais contrastes, e mesmo quando não forem consideradas a multiplicidade e mutabilidade dos fatos jurídicos, as regras de direito, formalizadas por meios comunicacionais, não podem exonerar-se de significações semânticas e/ou semióticas, e, mais ainda por conta de disto, demandam uma apreensão e compreensão dos seus conteúdos e de suas extensões conceituais, aquelas segundo as conotações das regras de direito, e estas conforme a sua abrangência dos fatos jurídicos. Tanto o conteúdo como o enquadramento se dão pela via interpretativa, mas, como sinaliza Karl Engish, trata-se do “lado exterior da interpretação”,<sup>193</sup> sugerindo a necessidade de se buscar apreender o sentido e o alcance das regras de direito.

Ronald Dworkin<sup>194</sup> traz à lembrança duas versões para tal desiderato. Pela primeira, três situações aparecem com relação às regras de direito: a) se o seu sentido abranger o fato jurídico, tal deve ser reconhecido; não ocorrendo tal reconhecimento, nega-se a relação jurídica; b) se o seu sentido for incerto ou controvertido, tanto pela dupla veracidade como pela dupla falsidade, será forçoso abrir uma terceira proposição independente das incertas ou controvertidas, por via incoativa; c) as proposições mesmas devem oportunizar uma terceira situação, deixando a opção diferenciada para a discricionariedade do julgador.

Pela segunda versão, tais problemas poderiam ser superados pelas teses da demonstrabilidade, da adequação ou da moralidade política. Entretanto, na primeira hipótese, pode-se incorrer em uma exagerada sociologização das regras de direito, indo-se por um empirismo estrito; pela adequação, sistemas complexos como as do direito contemporâneo – notadamente com relação ao direito internacional – desabariam em situações caóticas, ensejando uma absurda indecidibilidade; optando-se por privilegiar a moralidade política, pode-se incorrer nas dificuldades de

---

<sup>192</sup> BRUSIIN, Otto. Ob. cit., p. 78.

<sup>193</sup> ENGISH, Karl. Ob. cit., pp. 127-128.

equiparação dos termos das regras de direito, ou, ainda quando tal não ocorrer, poder-se-á considerar ambos os termos como possível de opção, dificultando, em ambos os casos, uma solução.

Tais dificuldades remetem à necessidade de se proceder uma exegese e uma interpretação gramatical e lógica das regras de direito, hoje pelas vias teleológica (o objetivo social indicando a finalidade do direito, prevalecendo, portanto, sobre os aspectos formais das regras), histórico-evolutiva (devendo as regras ser consideradas como expressão provisória da evolução social, adaptando-se às novas situações) ou sistemática (contextualizando as regras de direito).

Luiz Gonzaga Beluzzo adverte para o fato de que, atualmente, “a convivência entre capitalismo, democracia e ordem jurídica tem sido marcada por uma dinâmica contraditória”,<sup>195</sup> chamando atenção para a reestrutura regressiva que busca impor, pelas classes dominantes às dos dominados, recuo em suas conquistas políticas, sociais e econômicas – ou no mínimo estacioná-las e impedi-las de avançar, pode-se isto aceitar –, via dissimulação que se perfaz nas estratégias ditas neoliberais, já que – prossegue Beluzzo – “Ela, a justiça dos mercados, não pretende reconhecer, na verdade, nenhum direito senão o que nasce do intercâmbio entre valores abstratos”.<sup>196</sup> E arremata:

Qualquer conteúdo, qualquer relação substancial deve ser sumariamente eliminada. Você quer comer? Pois venda o seu produto no mercado. Não conseguiu? Então tente vender a sua capacidade de trabalho. O homem vale o que o seu esforço vale, e o seu esforço vale se a mercadoria que ele produz para o patrão for reconhecida pela transformação em dinheiro. Não basta ser um bom empregado, um ótimo empresário, para viver uma vida decente. Mas a justiça dos mercados ensina e divulga que se você fracassou, a culpa é sua. Valer significa, apenas, ser aceito em troca de uma determinada quantidade de dinheiro. Caso contrário, nada feito.<sup>197</sup>

Nestas condições, as regras de direito, enquanto direito posto – na bem posta adjetivação de Eros Roberto Grau –, não corresponde à perfeita prescrição do direito, sendo necessário compreendê-las a fim de firmá-las como

---

<sup>194</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 175 *et sequens*.

<sup>195</sup> BELUZZO, Luiz Gonzaga. Prefácio. In: GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. III.

<sup>196</sup> IDEM, p. V.

<sup>197</sup> IDEM, p. V.

fenômeno histórico-concreto, via interpretação integrativa das regras de direito. Com relação à interpretação,

(...) enquanto interpretação/aplicação, ela parte da compreensão dos textos normativos e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso e finda com a escolha de uma determinada solução para ele, consignada na norma de decisão.<sup>198</sup>

Eros Grau, afirmando que a norma jurídica “é produzida para ser aplicada a um caso concreto”,<sup>199</sup> considera que tal se dá com a norma de decisão, expressada pela decisão judicial, pela sentença.

Se, de um lado, ainda conforme Eros Grau, pode-se concluir que a norma de decisão se equivale à norma jurídica por possuírem ambas uma eficácia geral, tem a sentença caráter individualizante em seus limites objetivos (objeto da pretensão resistida) e/ou subjetivos (partes litigantes), quando formula novas normas nos casos de lacuna e antinomia, e “supõe a criação de uma norma geral que serve de justificação à sentença”,<sup>200</sup> acréscimos produzidos pela compreensão.

Portanto, apesar dos problemas que encerra, ainda parece repousar nas regras de compreensão, certamente, a matriz mais importante do direito. É com a compreensão que as regras de direito, em situação de isonomia ou em situação de dúvida, são aplicadas, resultando, na sua acepção fenomenológica, no que pode ser chamado de direito.

---

<sup>198</sup> GRAU, Eros Roberto. Ob. cit., p. 16.

<sup>199</sup> GRAU, Eros Roberto. Ob. cit., p. 18.

<sup>200</sup> IDEM, p. 63.

## Capítulo II – TEMPORALIZAÇÃO DO DIREITO

### 2. 1. Aplicação do direito: dialética, interpretação e síntese jurídicas

Na preleção de Plauto Faraco de Azevedo, “ao interpretar e aplicar as normas jurídicas aos casos que lhe são submetidos, não pode o juiz<sup>201</sup> decidir segundo critérios de justiça pessoais imotivadamente distanciados do direito positivo e dos princípios gerais do direito orientadores do ordenamento jurídico”.<sup>202</sup> Por outras palavras, impõe-se, antes da conjunção jurídica, fazendo incidir as regras de direito sobre os fatos jurídicos, analisar imperativos que, de acordo com Goffredo Telles Júnior,<sup>203</sup> repousam na hipótese condicionante do direito, pois é com base em uma postura ética que será possível e necessário assegurar à subsunção um dever-ser dos fatos jurídicos, tanto por uma proposição enunciativa de simples confirmação do indicado na norma jurídica, como pela judicação do por ela anunciado, buscando a realidade (ser), as estruturas (modo de ser), as relações (valoração) e as finalidades (eticidade) dos fatos jurídicos.

---

<sup>201</sup> Talvez fosse melhor afirmar que o juiz *não deve*, por uma eticidade jurisdicional.

<sup>202</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: RT, 1999, p. 70.

<sup>203</sup> TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 26 *passim*.

Jean-Louis Bergel<sup>204</sup> desenvolve metodologia interessante na tentativa de identificar a regra de direito que deve, hipoteticamente, ser aplicada, analisando raciocínios e relações jurídicas convenientes às regras de direito.

Pode-se, com base em tal proposta, opor as regras de direito aos fatos jurídicos, sem olvidar-se da necessária e dupla relação que os envolve, uma que nasce a partir dos fatos – relação de criação – e outra de que é nos fatos que o direito se realiza – relação de aplicação. É pelas relações de criação que importa analisar as relações jurídicas, enquanto que nas relações de aplicação subsumem-se as análises dos raciocínios jurídicos. Neste sentido, Bergel assinala que “deve-se investigar como se pode passar de uma determinada situação de fato para a regra de direito ou, vice-versa, da regra de direito para situações de fato que lhe são submetidas”,<sup>205</sup> mediante “um vaivém do direito aos fatos, tendo os fatos vocação de ser regidos pelo direito e sendo o direito destinado a reger os fatos”,<sup>206</sup> asseverando que

Isso explica que o direito e o fato sejam isolados um do outro em numerosos mecanismos jurídicos, como aprova o princípio dispositivo, o controle de cassação etc. e que sejam mesmo assim constantemente confundidos, na realidade, quando se trata de apreender situações concretas no sistema jurídico.<sup>207</sup>

Via silogismo onde a premissa maior é a regra de direito, a menor é a situação fática, e a conclusão é a norma de decisão (sentença), “pela qual se aceita ou se rejeita a aplicação, no caso considerado, do efeito jurídico implicado pela maior”,<sup>208</sup> há evidente estabilização histórico-conceitual desde os primórdios de sua concepção e sempre timbrando por qualificação, se não idêntica, ao menos similar. Para tanto, pode-se começar pela compreensão do que Bergel chama de apreensão do fato pelo direito, e, em seguida, pelo que significa resposta do direito aos fatos.

Para que os fatos sejam apreendidos pelo direito, mister conhecê-los, saber de suas características fundamentais.

---

<sup>204</sup> BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 351 *et sequens*.

<sup>205</sup> IDEM, p. 387.

<sup>206</sup> BERGEL, Jean-Louis. Ob. cit., p. 387.

<sup>207</sup> IDEM, p. 387.

<sup>208</sup> IDEM, p. 388.

A norma de decisão, como conclusão do silogismo jurídico, geralmente se pauta em uma realidade fática de segundo grau, na medida em que deduzida das provas produzidas, quase nunca diretamente dos fatos jurídicos. Portanto, os fatos jurídicos são, em regra, estabelecidos por uma verdade aproximada, que, a depender das características fáticas, necessita de uma modulação demonstrativa que leve em conta a maior ou menor resistência e aptidão dos fatos à comprovação posterior, seja pelas circunstâncias que gravitam em torno do caso específico (partes envolvidas, demora na produção das provas etc.) ou pela natureza do próprio fato (pouca exposição ao conhecimento, como, por exemplo, os delitos financeiros e sexuais).

A natureza e/ou a circunstancialidade dos fatos jurídicos pode colocá-los, para o seu estabelecimento no silogismo jurídico, dependente da prova que deles possa ser produzida, pois tanto os fatos podem resistir à demonstrabilidade probatória como as regras de direito que disciplinam a produção das provas podem circunstancialmente considerar tal demonstração inadmissível, desnecessária ou impertinente.

No sistema brasileiro, alguns fatos e atos jurídicos têm sua prova excepcionalmente presumida. Vejamos.

As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.<sup>209</sup>

Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos no processo como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.<sup>210</sup>

Em falta de normas jurídicas, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a essa, o exame pericial.<sup>211</sup>

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.<sup>212</sup>

---

<sup>209</sup> Código Civil brasileiro atual, artigo 131. In: BRASIL. **Vade Mecum acadêmico-forense**. São Paulo: Vértice, 2005, p. 209.

<sup>210</sup> Código de Processo Civil brasileiro atual, artigo 334. In: BRASIL. **Vade Mecum acadêmico-forense**. São Paulo: Vértice, 2005, pp. 503-504.

<sup>211</sup> IDEM, artigo 335. IBIDEM, p. 504.

<sup>212</sup> Código de Processo Penal brasileiro atual, artigo 157. In: BRASIL. **Vade Mecum acadêmico-forense**. São Paulo: Vértice, 2005, p. 798.

Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.<sup>213</sup>

Na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal pátrio, consta que, “*livre convencimento* não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas”,<sup>214</sup> significando, na verdade, que “O juiz está livre de *preconceitos legais* na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo”.<sup>215</sup>

Embora possam ser ditos como fatores de maior ampliação do distanciamento entre a realidade fática e o seu reconhecimento pela norma de decisão, tanto a natureza como a circunstancialidade dos fatos jurídicos abrem – sob pena de incorrer-se em indecidibilidade, ou, no mínimo, inseguranças jurídicas – possibilidades para as provas presuncionais (ou indiciárias) condizentes com a justificação político-jurídica, admitindo a ida do fato conhecido àquele desconhecido.

As presunções podem ser legais quando, pelas regras de direito, permite-se “deduzir uma verdade da existência de um outro fato, mais fácil de demonstrar”,<sup>216</sup> com fundamento “na situação mais verossímil ou na idéia de que, se não fossem presumidos, certos fatos seriam impossíveis ou muito difíceis de estabelecer”,<sup>217</sup> servindo tanto para a produção como para a atribuição do ônus de sua demonstração (filho nascido na constância do casamento, por exemplo). As presunções legais podem ser limitativas, não impedindo de ser combatidas por demonstrações contrárias e mediante outros elementos probatórios – denominados *juris tantum* – ou impeditivos de que sejam infirmados – *juris et de jure* –, sendo exemplo as hipóteses de segurança jurídica superior, como é o caso da autoridade da coisa julgada.

As presunções podem ser de fato, como meras formas de demonstrações, fornecidos residuais dos fatos jurídicos como os detectados pelas

---

<sup>213</sup> IDEM, artigo 239. IBIDEM, p. 808.

<sup>214</sup> Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Título VII. As provas. In: BRASIL. **Vade Mecum acadêmico-forense**. São Paulo: Vértice, 2005, p. 765.

<sup>215</sup> IDEM. IBIDEM, p. 765.

<sup>216</sup> BERGEL, Jean-Louis. Ob. cit., p. 395.

<sup>217</sup> IDEM, pp. 395-396.



perícias, pareceres, marcas de frenagem no piso, enriquecimento injustificado, não por outra razão também chamadas de provas indiciárias.

Estando, pois, na natureza dos fatos jurídicos as condições para que sejam eles considerados pela norma de decisão, necessário que sejam eles compreendidos e, para tanto, Bergel sugere a busca de qualificações para o fato jurídico, do contrário não será possível a sua penetração nas regras de direito.

Ao afirmar que “Um fato não pode produzir efeitos jurídicos por suas qualidades intrínsecas”,<sup>218</sup> Bergel sentencia que “É preciso que uma norma jurídica lhe atribua uma qualidade que lhe falta, ou seja, atribua-lhe um significado particular, certos efeitos de direito, ao mesmo tempo que ela lhe designa”.<sup>219</sup> Destarte, mostra-se necessário, para a composição do silogismo jurídico, que os fatos sejam juridicamente qualificados, já que nem todo fato pode ser considerado jurídico, mas somente aquele cuja qualificação contém ao mesmo tempo elementos de direito e de fato.

Uma das qualidades do fato jurídico é a sua significação jurídica, ou seja, que esteja definido substancial ou formalmente pelas regras de direito, tanto por noções quantitativas (o fato jurídico é isolado em si mesmo e, dele, somente analisada a quantificação, dita, assim, como modo menos problemático de sua identificação) ou por aspectos qualitativos (cuja identificação é problematizada dada a sua tangibilidade com outros fatos, jurídicos ou não, e a sua possível evolutividade histórico-conceitual, supondo uma valoração subjetiva quando de sua subsunção às regras de direito).

Ciente da flexibilização na qualificação dos fatos jurídicos, Bergel não se esqueceu de alertar para que

O direito necessita de certo número de *noções maleáveis*, com conteúdo variável, como a falta, a negligência, a imprudência, o interesse geral, a equidade, a urgência, os bons costumes, o bom pai de família etc. No presente, elas são indispensáveis para apreender *in concreto* a plasticidade dos comportamentos humanos sob normas adequadas. No tempo, permitem a adaptação das qualificações jurídicas e, portanto, da aplicação das regras correspondentes à evolução da sociedade: a noção de bons

---

<sup>218</sup> IDEM, p. 398.

<sup>219</sup> IDEM, p. 398.

costumes é essencialmente evolutiva e não tem em 1998 um conteúdo igual ao de 1804! Substancialmente, permitem apreciar a conformidade dos fatos ao direito positivo, seja diretamente, seja corrigindo a intervenção de outros princípios. Funcionalmente, desempenham, diante das noções rígidas, o papel de uma junção de dilatação ou de uma terra de asilo para situações de fato novas que elas permitem acolher. Ajudam o juiz a guardar apenas os fatos correspondentes à qualificação que rege a aplicação de uma determinada regra. A qualificação se torna então uma operação complexa. É a qualificação dada pelo juiz, e não pela lei, que delimita aqui o campo de aplicação da norma: “Cada qualificação nova provê o conceito legal de um caráter; o que até então estava apenas em potencial existe daí em diante em ato”.<sup>220</sup>

Reconhecida a dificultosa apreensão dos fatos jurídicos pelas regras de direito, Bergel busca uma resposta daqueles na recepção destas, alertando que “os juristas são precipitados ao contrapor o fato e o direito, pois a missão do direito é justamente reger os fatos”,<sup>221</sup> no que “As reações do direito positivo (...) são concretizadas pela apreciação do juiz (...)”.<sup>222</sup>

No seu desiderato, as regras de direito procuram ratificar ou rejeitar os fatos jurídicos. Na primeira hipótese, os recepciona tanto quando de sua (delas, as regras de direito) criação ou evolução, como posteriormente, ao acolher os fatos em sua (das regras de direito) ampla ordenação. Vê-se que pela recepção de fato preexistente, dá-se uma apreensão do ser factual; pela recepção posterior, observa-se um dever-ser fático.

Tanto pela recepção precedente como pela posterior, observa-se uma relativa submissão do direito aos fatos, tanto que algumas situações de mera aparência fática – por exemplo, aquelas decorrentes da *ficta confessio* – vinculam “a situações jurídicas puramente aparentes os efeitos de situações jurídicas reais”,<sup>223</sup> como é exemplo o abrangido pela teoria da aparência que, embora sirva subsidiariamente à segurança jurídica, “Não está excluída de nenhuma matéria do direito privado e se estende a numerosos setores do direito público”.<sup>224</sup>

---

<sup>220</sup> BERGEL, Jean-Louis. Ob. cit., p. 401.

<sup>221</sup> IDEM, p. 403.

<sup>222</sup> IDEM, p. 403.

<sup>223</sup> BERGEL, Jean-Louis. Ob. cit., p. 404.

<sup>224</sup> IDEM, p. 405.

Em outras situações, os fatos jurídicos vão além da teoria da aparência para serem recepcionados pelas regras de direito, convindo lembrar, como fê-lo Bergel, as relacionadas com a posse de bens, que podem ser opostas ao direito de propriedade, e, inclusive, modificá-la pela prescrição aquisitiva que decorre da usucapião, ou com a posse de estado, dando prerrogativas jurídicas a relações de fato não abraçadas pelas regras de direito, como é observado, em nosso direito, o decorrente das relações concubinárias (filiação legítima, participação hereditária, pensionamento previdenciário e alimentício etc.). Nestes casos, salienta Bergel, “as exigências da proteção jurídica conduzem a fazer o fato triunfar sobre o direito, portanto a corrigir os efeitos normais destes, em circunstâncias em que a ordem social o exige”.<sup>225</sup>

Reclamos mais agudos da segurança jurídica deságuam em um ficcionismo jurídico “pelo qual se considera como existente uma situação manifestamente contrária à realidade e que permite deduzir dela conseqüências jurídicas diferentes daquelas que resultariam da simples constatação dos fatos”,<sup>226</sup> cujas funções podem ser históricas, dada a permissão ficcional de serem introduzidas novas regras de direito na vida social, dando nova categorização jurídica a um fato, em homenagem evidente aos princípios jurídicos que fundamentam a organização e a estabilidade jurídicas; dogmáticas ao ficcionar os fatos jurídicos para “enquadrar as soluções jurídicas no sistema de direito positivo considerado um sistema fechado”,<sup>227</sup> de técnica jurídica, dada a sua utilidade ao sistema jurídico, não lhe permitindo lacunosidades estritas; ou de política jurídica, protegendo ou promovendo as instituições, os princípios e os valores jurídicos (com características, como se vê, teleológicas), ou contribuir para a delimitação dos fatos, salvaguardando-lhe a essencialidade (características nitidamente históricas).

Indisfarçáveis dificuldades que sobressaem das relações jurídicas – tanto pela apreensão dos fatos pelas regras de direito como pela resposta que estas promovem àqueles – para a identificação do direito hipoteticamente aplicável às situações concretas exige a elaboração de raciocínios jurídicos estruturados e escolhidos dentre as proposições possíveis e adequadas a tal desiderato. No dizer

---

<sup>225</sup> IDEM, p. 406.

<sup>226</sup> IDEM, p. 407.

<sup>227</sup> IDEM, p. 408.

de Bergel, contar com a supremacia dos fatos jurídicos, reduzindo as regras de direito a simples arbítrio mandamental, estar-se-ia atentando contra a coerência organizacional do ordenamento jurídico; e se, ao contrário, privilegiarem-se as regras de direito diante dos fatos conduziria a um abstracionismo contrário às proposições que lhe são próprias, pois “assim que o direito se distancia das realidades concretas que deve reger, serve para nada”.<sup>228</sup>

Os raciocínios jurídicos, para servir à generalidade de relações jurídicas, passam por estruturações que demandam tipologias como as de análise e síntese, dedução e indução, sempre por logicidades formais e dialéticas. E como não se limitam nem se satisfazem com uma generalidade de pouca praticidade, ensejam particularismos jungidos pela argumentação jurídica e pela composição dos raciocínios díspares. Bergel indica caminhos para a identificação das estruturas dos raciocínios jurídicos, senão vejamos.

Nem sempre sendo possível estabelecer entre as regras de direito e os fatos jurídicos aquele que, dos termos, é causa ou efeito do outro, necessário deixar tais dificuldades generalizadas para uma sintetização via “processo mental que vai de proposições certas a proposições que são sua consequência necessária, por dedução”,<sup>229</sup> ou, ainda, analisá-la por um “raciocínio regressivo que remonta das consequências aos princípios reconhecidos como verdadeiros e dos quais se poderá depois deduzir”,<sup>230</sup> pois, por tal estratégia, pouco importará qual dos termos – regras de direito ou fatos jurídicos – é causa ou efeito. Resumindo, pela síntese dedutiva o raciocínio jurídico parte de proposições abstratas – as regras de direito têm mais elementos abstratos –, enquanto que pela análise indutiva tal raciocínio encontra sustentação em proposições observáveis – os fatos jurídicos são mais observáveis – mas ambos culminam por conciliar os seus termos através da argumentação, tanto pelo método indutivo como pelo dedutivo.

Ocorre que nem a lógica dialética, formatada pela retórica e que se satisfaz com a verossimilhança na equação das controvérsias – que diria a lógica formal que supõe uma síntese a depender rigidamente dos seus termos – parece

---

<sup>228</sup> BERGEL, Jean-Louis. Ob. cit., p. 351.

<sup>229</sup> IDEM, pp. 356-357.

<sup>230</sup> IDEM, p. 357.

satisfazer à argumentação adequada às relações jurídicas, apesar de suas amplas possibilidades.

## 2. 2. Eficácia hermenêutica do direito

Os argumentos jurídicos podem ser deduzidos da força obrigatória da lei, dos precedentes judiciais, dos pareceres da doutrina ou da interpretação administrativa (argumentos impositivos), ou se referir à razão da lei, da intenção do legislador discernida nos trabalhos preparatórios, ou, ainda, da meta perseguida pela lei tal como se discerne em seu próprio texto, ou, quiçá, oriunda de uma prescrição de continuidade do direito (argumentos de razão). Força obrigacional e razão justificadora, ambas enfrentam com deficiência a questão de ter que superar os aspectos estritamente formais que decorrem dos argumentos impositivos, ou fundamentalmente materiais, que eclodem dos argumentos de razão, sendo necessário convergir para um argumento misto que repouse “no cotejo de diversos silogismos estabelecidos de modo paralelo e em cadeia”.<sup>231</sup> Bergel traduz tal problemática destacando a seguinte preleção:

*Os raciocínios jurídicos combinam, portanto, a dialética e a lógica formal. Neles a lógica formal é apenas um instrumento a serviço da dialética, nutrida pela argumentação. Mas ela proporciona ao raciocínio a precisão, o rigor, a certeza e a objetividade necessárias. Entretanto, ela não deve imprimir-lhe um dogmatismo hermético às realidades que se afastaria do objeto do direito, da vida dos homens em sociedade e da edição de regras de conduta. Portanto, ela depende de escolhas racionais e deve ser orientada ou corrigida consoante critérios racionais ou empíricos. As soluções instiladas pelos raciocínios jurídicos dependem, por conseguinte, da escolha das proposições empregadas.*<sup>232</sup>

Estando as estruturas dos raciocínios jurídicos a demandar uma universalidade na elucidação ou composição concreta da conjugação regras de direito e fatos jurídicos, impõe-se uma escolha de proposições tanto de ordem

---

<sup>231</sup> BERGEL, Jean-Louis. Ob. cit., p. 372.

<sup>232</sup> BERGEL, Jean-Louis. Ob. cit., pp. 372-373.

filosófica como técnica, tendo Bergel concluído que “É o cotejo dessas proposições filosóficas ou técnicas com os fatos que leva à solução concreta”.<sup>233</sup>

Filosoficamente, os raciocínios jurídicos são estruturados conforme a inspiração ou o objetivo dos sistemas jurídicos, podendo estes ser inspirados por correntes conservadoras, o que “impede a um só tempo o imobilismo e a subversão total do direito e o mais das vezes possibilita sua evolução sem revolução”,<sup>234</sup> por correntes liberais, onde “é a liberdade expressamente consagrada ou presumida que domina o sistema”,<sup>235</sup> ou por correntes socialistas, que “postula um sistema social destinado a fazer o bem geral prevalecer sobre os interesses particulares por meio de uma organização combinada”.<sup>236</sup> Afirmando-os contraditórios, e enxergando que “nenhum deles pode ser completamente consagrado sem excluir os outros”,<sup>237</sup> Bergel buscou, em P. Roubier, objetivos para os raciocínios jurídicos, como, por exemplo, os da segurança, que, de vinculação formal ao direito, “permitem conhecer com certeza a regra aplicável”,<sup>238</sup> os do ideal de justiça, defendidos pelas escolas teológicas e do direito natural, que se comprazem com o dever-ser das relações jurídicas, e os do progresso social, abraçados, notadamente, pelos historicistas do direito.

Tais proposições ensejam enfrentamentos com os seus opostos, cuja dialética dificulta uma satisfatória equação, tendo Bergel, ainda, proposto observar as questões das técnicas jurídicas, tanto que

(...) depois de tentar definir a estrutura dos raciocínios jurídicos e de constatar sua diversidade, sua complexidade e seu ecletismo, vemos que se trata de uma lógica da argumentação que se alimenta nos recursos da lógica formal e utiliza alternadamente a indução e a dedução.<sup>239</sup>

Alegando, com base nisto, que “toda tentativa de abordagem global dos raciocínios jurídicos é presunçosa e aleatória”, Bergel, em oportunidade posterior, retorna à apreciação do juiz na tentativa de encontrar uma saída para a

---

<sup>233</sup> IDEM, p. 373.

<sup>234</sup> IDEM, p. 374.

<sup>235</sup> IDEM, p. 375.

<sup>236</sup> IDEM, p. 375.

<sup>237</sup> IDEM, p. 375.

<sup>238</sup> IDEM, p. 376.

<sup>239</sup> BERGEL, Jean-Louis. Ob. cit., p. 380.

necessidade de se identificar hipoteticamente o direito aplicável, pois, segundo afirma, “A apresentação da lide pelo juiz supõe ao mesmo tempo a constatação dos fatos e a aplicação da regra de direito”.<sup>240</sup> A concordar-se com tais proposições, conclui-se que reside na figura do magistrado, quando do julgamento da relação jurídica conflituosa, a oportunidade máxima de identificação do direito que, hipoteticamente, deve ser aplicado aos fatos jurídicos deduzidos em juízo.

Tanto a interpretação como a aplicação e a efetivação do direito ocorre em dado momento histórico, em uma temporalidade jurídica.

No tocante à interpretação, Hans-Georg Gadamer procura considerar o que chama de distância de tempo, consistente no lapso de tempo entre a produção originária do objeto da interpretação e a sua compreensão posterior, cujo sentido “está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete”,<sup>241</sup> quando então “O sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre”,<sup>242</sup> indicando que “a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo”,<sup>243</sup> ficando bem claro que

Compreender não é compreender melhor, nem saber mais, no sentido objetivo, em virtude de conceitos mais claros, nem no da superioridade básica que o consciente possui com respeito ao inconsciente da produção. Bastaria dizer que, *quando se logra compreender*, compreende-se de um modo *diferente*.<sup>244</sup>

Com isto, não há preocupar-se com as diferenciações históricas entre a produção originária e a produção hermenêutica, pois o apego a tais diferenciações somente resultaria, conforme posição de Gadamer, para forjar equívocos no ato de interpretar.

O tempo já não é mais, primariamente, um abismo a ser transposto porque divide a distância, mas é, na verdade, o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. A distância de tempo não é, por conseguinte, algo que tenha de ser superado. Esta era, antes, a pressuposição ingênua do historicismo, ou seja, que era preciso deslocar-se ao espírito da época, pensar segundo seus

---

<sup>240</sup> IDEM, p. 410.

<sup>241</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 443.

<sup>242</sup> IDEM, p. 444.

<sup>243</sup> IDEM, p. 444.

<sup>244</sup> IDEM, p. 444.

conceitos e representações em vez de pensar segundo os próprios, e somente assim se poderia alcançar a objetividade histórica. Na verdade trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, a cuja luz nos é mostrado todo o transmitido. Não será exagerado, se falarmos aqui de uma genuína produtividade do acontecer. Todo o mundo conhece essa peculiar impotência do juízo, aí onde não há distância de tempo a nos proporcionar padrões seguros. Assim, o juízo sobre a arte contemporânea reveste, para a consciência científica, uma desesperada insegurança. Quando nos aproximamos destas criações o fazemos, evidentemente, a partir de preconceitos incontroláveis, pressuposições que possuem sobre nós demasiado poder para que possamos conhecê-las, e que conseguem conferir à criação contemporânea uma hiper-ressonância que não corresponde ao seu verdadeiro conteúdo e significado. Somente a extinção de todos os nexos atuais torna visível sua verdadeira forma e possibilita, com isso, uma compreensão do que é dito neles, que possa pretender alcançar uma generalidade vinculante.<sup>245</sup>

Não pesa imaginar que ao enxergar ingenuidade na pressuposição histórica de superação da distância de tempo, Gadamer certamente não acudiu à separação entre a percepção dos valores e a percepção do objeto da interpretação, situações esclarecidas por Martin Laclau, nos seguintes termos:

Uma coisa é perceber os valores e outra é perceber os objetos nos quais ditos valores se assentam. Trata-se de dois atos intencionais de diversa natureza: no primeiro caso, não intui uma realidade objetiva, senão uma qualidade; no segundo, minha intuição representa uma intencionalidade dirigida a um objeto. Importa destacar que é o ingresso de uma valoração em minha consciência a que abre o caminho para a percepção da realidade objetiva respectiva. Assim, o ato de valorar constitui uma intuição emotiva prévia, que me abre o caminho mercê da qual poderei perceber o objeto valorado e constituir como algo conhecido a este objeto no qual se assenta o valor.<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup> GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit., p. 445.

<sup>246</sup> LACLAU, Martin. **La historicidad del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 13. No original, consta: “Una cosa es percibir los valores y otra es percibir los objetos en los cuales dichos valores se asientan. Trátase de dos actos intencionales de diversa naturaleza: en el primer caso, no intuyo una realidad objetiva, sino una cualidad; en el segundo, mi intuición presenta una intencionalidad dirigida a un objeto. Importa destacar que es el ingreso de una valoración a mi conciencia la que abre el camino para la percepción de la realidad objetiva respectiva. Así, el acto de valorar constituye una intuición emotiva previa, que me abre el camino merced al cual podré percibir el objeto valorado y constituir como algo conocido a este objeto en el cual se asienta el valor”.



Portanto, ao afirmar que “Uma lei não quer ser entendida historicamente”,<sup>247</sup> por certo Gadamer se prendeu unicamente ao aspecto axiológico da interpretação, pois, se atentarmos para a conjugação na percepção dos valores e dos objetos da interpretação não será possível enfrentar, como fez, o pensamento historicista de, dentre outros, Nelson Saldanha, para quem “Os valores, para dizer com Reale, só atualizam na história, em relação aos fatos e com idéias, entendendo-se no caso as normas em função de suas circunstâncias”.<sup>248</sup> Pode-se, nesta questão, aportar em Eros Roberto Grau, quem, após transcrever trechos que testificam o pensamento de Gadamer, conclui: “Embora assim seja, nem todo intérprete desenvolve nessa linha sua atuação”.<sup>249</sup>

Vejam-se os exemplos da retroatividade, do conflito ou do concurso de normas, nos quais o historicismo jurídico tem significação realçada, não sendo, pois, de desprezar-se nenhuma das duas posições – subjetivista ou objetivista –, tanto que Karl Larenz, cuidando do escopo da interpretação, posicionou-se assim:

A cada uma destas teorias subjaz uma parte da verdade: por isso, nenhuma delas pode ser aceita sem limitações. A verdade da teoria subjectivista é que a lei jurídica, ao invés da lei natural, é feita por homens e para homens, é expressão de uma vontade dirigida à criação de uma ordem tanto quanto possível justa e adequada às necessidades da sociedade. Por detrás da lei está uma determinada intenção reguladora, estão valorações, aspirações e reflexões substantivas, que nela acharam expressão mais ou menos clara. “Vinculação à lei”, tal como é exigida pela Constituição (...), significa tanto o texto da lei, como as valorações do legislador (histórico) que lhe são subjacentes. Mas isso não é tudo. A verdade da teoria objetivista é que uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma acção que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. A lei intervém em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não podia ter abrangido e dá respostas a questões que o legislador ainda não tinha colocado a si próprio. Adquire, com o decurso do tempo, cada vez mais como que uma vida própria e afasta-se, deste modo, das idéias dos seus autores. Neste ponto o que acontece com a lei não é diferente do que sucede com as outras obras de espírito.<sup>250</sup>

---

<sup>247</sup> GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit., p. 461.

<sup>248</sup> SALDANHA, Nelson. As constantes axiológicas da cultura e da experiência jurídica brasileira. In: **Anuário do Mestrado em Direito** da UPFE. Nº 4. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 1998, p. 82.

<sup>249</sup> GRAU, Eros Roberto, **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 104.

<sup>250</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 381.

Após lembrar posições como as de, por exemplo, Schleiermacher e Savigny, que não pareciam ignorar “a tensão entre o sentido jurídico originário e atual”,<sup>251</sup> Gadamer concorda em que “o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma”,<sup>252</sup> mas, do que ninguém parece discordar, “seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la”.<sup>253</sup> O que o coloca em confronto desnecessário com o historicismo é o fato de entender Gadamer que no tocante ao historicismo do direito “a única coisa que ele tem em mente é o sentido originário da lei, qual seu valor e intenção no momento em que foi promulgada”,<sup>254</sup> pois, como se infere da posição adotada pelos jus-historicistas, o sentido originário da regra de direito não é a única, mas uma das duas opções a ser utilizadas pela hermenêutica jurídica. A outra é a atualização do sentido da norma, dada a sua necessária aplicação. “É que a interpretação do direito encaminha a *atualização do direito*”,<sup>255</sup> preconiza Eros Roberto Grau, já que a interpretação do direito “sempre, necessariamente, se dá no quadro de uma situação determinada e, por isso, deve expor o enunciado semântico do *texto no contexto histórico presente* (não no contexto da redação do *texto*)”.<sup>256</sup>

Duas questões, no tocante à temporalidade hermenêutica, são debatidas por Eros Grau, com apoio em Wróblewski, uma valorizando a segurança jurídica – a certeza, a estabilidade e a predizibilidade, que exigem possuam as normas jurídicas um significado imutável –, dizendo com a estática do direito, e outra que privilegia a mutabilidade social e que “considera a interpretação como atividade que adapta o direito às necessidades presentes e futuras da *vida social*, na acepção mais ampla dessa expressão”.<sup>257</sup> Na primeira hipótese a interpretação das regras de direito deve ser preferencialmente conduzida por uma metodologia sistêmica e lingüística, admitindo-se o método funcional apenas para a perquirição do seu contexto histórico; na segunda, “a metodologia funcional é tomada de modo preferencial, sendo fim básico da interpretação jurídica a adaptação do direito às necessidades da vida social”. Justificando, vê-se que:

---

<sup>251</sup> GADAMER, Hans-Georg. Ob. cit., p. 485.

<sup>252</sup> IDEM, p. 485.

<sup>253</sup> IDEM, p. 485.

<sup>254</sup> IDEM, p. 485.

<sup>255</sup> GRAU, Eros Roberto. Ob. cit., p. 102.

<sup>256</sup> IDEM, p. 102.

<sup>257</sup> IDEM, p. 105.

(...) a metodologia lingüística privilegia a pragmática da linguagem jurídica, ou seja, a dependência do significado dos termos e expressões – especialmente dos termos e expressões valorativas – ao contexto de seu uso interpretativo atual; a metodologia sistêmica privilegia a consideração das contínuas alterações do sistema jurídico e as características do sistema jurídico atual, no momento no qual a interpretação é processada.<sup>258</sup>

A constitucionalização dos direitos fundamentais e, por outro lado, a inserção de temas infra-constitucionais no texto de nossa atual Constituição Federal, trouxe, para a hermenêutica constitucional brasileira, a convivência dialética e harmônica das duas metodologias mencionadas, “num ir e vir da materialidade do seu substrato à vivência do seu sentido espiritual, isto é, do seu texto, tal como lingüisticamente estruturado, aos motivos que inspiraram a sua promulgação e respondem pela sua continuada vigência”,<sup>259</sup> conclui Inocêncio Mártires Coelho, para quem “Esse ir e vir dialético manifesta-se metaforicamente, como um *balançar de olhos* entre o texto e a realidade, entre normas e situações normadas, num processo aberto e infinito, significativamente ilustrado pela figura geométrica espiral”.<sup>260</sup> É bom transcrever, de Mártires Coelho, que

Nesse contexto, são cada vez mais numerosos os auto-denominados juristas *críticos*, que – mesmo sob o risco de sacrificar os valores fundamentais da estabilidade e da segurança jurídica –, não hesitam em trocar o espelho dos retrovisores pela luminosidade dos faróis de milha. Diante desse panorama, em que se evidencia a necessidade de *sinalizar* os caminhos da interpretação constitucional – para não sucumbirmos à tentação do voluntarismo –, cumpre renovar advertência de que os resultados de toda atividade hermenêutica só se tornarão legítimas e socialmente circulantes se as manifestações da consciência jurídica individual dos aplicadores da Constituição puderem ser identificadas como formas de expressão da consciência jurídica geral.<sup>261</sup>

Não se está aqui pretendendo uma metodologia interpretativa que privilegie um direito estático; apenas que não seja a segurança jurídica relegada a uma indesejável desconsideração. Não resta dúvida que, na sua temporalidade, a hermenêutica haverá de priorizar a atualização do direito. Eros Grau, lembrando

---

<sup>258</sup> GRAU, Eros Roberto. Ob. cit., p. 105.

<sup>259</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 95.

<sup>260</sup> IDEM, p. 95.

<sup>261</sup> IDEM, p. 99.

Jhering, adverte que “o direito existe em função da sociedade, e não a sociedade em função dele”.<sup>262</sup> E “a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento”.<sup>263</sup> Logo, “A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos”.<sup>264</sup>

Quando se afirma que a interpretação das regras de direito tem que considerar a sua atualização, não se está optando arbitrariamente pela subsunção das regras de direito aos fatos jurídicos. É que o direito só tem existência – embora teoricamente possa ser sustentada a sua existencialidade – na efetivação de suas disposições. E toda e qualquer efetivação sói de ocorrer no momento presente; pode-se, pois, concluir que o direito tem o seu existir no momento de sua efetivação, no momento em que efetivamente vê incidir as suas regras sobre os fatos jurídicos.

Não há contradição no afirmado e a consideração histórica da metodologia hermenêutica, pois, embora o direito se realize na efetivação presente, a interpretação das regras de direito e dos fatos jurídicos demandam uma compreensão dialética que atualize aspectos de sua elaboração pretérita com os de sua efetivação atual. Do contrário, corre-se o risco de despir o direito do seu elemento ético, percebendo unicamente os seus elementos enquanto ser, olvidando-se do seu indeclinável dever-ser. Não é por outra razão que Roberto Eros Grau, aportando em Friedrich Muller, afirma que

Inexiste tensão entre *direito* e *realidade*; não existe um terreno composto de elementos *normativos*, de um lado, e de elementos *reais* ou *empíricos*, do outro. Por isso a articulação *ser* e *dever-ser* (a relação *norma-fato*) é mais do que uma questão da filosofia do direito; é uma questão da estrutura da norma jurídica tomada na sua transposição prática, e, por consequência, ao mesmo tempo uma questão da estrutura deste processo de transposição.<sup>265</sup>

Dito assim será possível sustentar que a simples subsunção do fato jurídico à regra de direito, ou a subsunção em contrário, ao lado de atualizar o direito o posiciona mais próximo de critérios morais que jurídicos, problema que a

---

<sup>262</sup> GRAU, Eros Roberto. Ob. cit., p. 111.

<sup>263</sup> IDEM, p. 111.

<sup>264</sup> IDEM, p. 111.

<sup>265</sup> IDEM, p. 111.

efetivação parece solucionar. É que, sem a efetivação de suas normas, o direito é adequadamente compreendido, mas não resta suficientemente reconhecido, por se limitar à questão conceitual, sem preocupações funcionais. “Nestas circunstâncias, a coerção seria considerada justificada”,<sup>266</sup> assevera Stephen R. Perry, a partir do que, a temporalidade hermenêutica se mostra como tendo, em sua metodologia, a análise da função que eclode das sanções.

Jeannette Maman vem de afirmar que “Só há direito quando ele se aplica e sua aplicação atende ao horizonte compreensivo, temporal e histórico [pois] Se não é o direito do tempo atual (epocal) não é direito”.<sup>267</sup> Mas, de acordo com Vicente Ráo

(...) é seu elemento constitutivo a proteção-coerção que o poder público lhe confere, a significar que a toda proteção jurídica uma intervenção eventual da força corresponde, para se manter a ordem social efetiva, mediante o respeito das faculdades atribuídas às pessoas e a obrigatoriedade dos respectivos deveres. Sem esse elemento, a vida do direito pereceria e, com ela, a própria sociedade, destruídos, ambos, pela violência, pelo arbítrio do mais forte sobre o mais fraco. A proteção-coerção é elemento essencial do direito objetivo, tanto assim que as normas jurídicas positivas se distinguem das normas espirituais, ou, morais, principalmente por seu caráter coercitivo. Representa a proteção-coerção, portanto, a possibilidade do poder público intervir, com a força, em defesa do direito ameaçado, ou, violado, a fim de manter, efetivamente, a vida em comum, na sociedade.<sup>268</sup>

Dessume-se, do analisado, que a interpretação jurídica aporta em uma temporalidade hermenêutica que considera, além de metodologias gerais, as particulares de sua aplicação (atualização) e de sua efetivação (imperatividade).

## 2. 3. A institucionalização da eficácia jurídica

---

<sup>266</sup> PERRY, Stephen S. Interpretação e metodologia na teoria jurídica. In: MARMOR, Andrei (Editor). **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 171.

<sup>267</sup> MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia existencial do direito**: crítica do pensamento jurídico brasileiro. São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 108.

<sup>268</sup> RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. Volume 1. São Paulo: RT, 1991, p. 30,

Para a legitimação, a efetividade, a validade e a eficácia que norteiam o fenômeno jurídico, devem ser considerados fundamentalmente os seus princípios, as suas regras e os seus procedimentos (normas), com a compreensão teórica (doutrina) e a técnica de incidência de suas normas (jurisprudência), conjugando a ontologia do seu ser com a eticidade do seu dever-ser, via constantes axiológicas que dê realizabilidade às suas regras – que “seriam simples quimeras se jamais pudessem se converter em momentos de experiência humana”,<sup>269</sup> sinaliza Miguel Reale – sem descer a tipologias e hierarquizações subjetivas, necessitando, entretanto, separá-las dos valores religiosos e estéticos, por serem estes indigentes, ou pouco marcados, de intersubjetividade.

O método ampliativo das normas jurídicas, englobando os princípios, as regras e os procedimentos, compõe o que dentre outros Hans Kelsen e Norberto Bobbio chamam de ordenamento jurídico, que se de um lado facilita a institucionalização do direito como complexo de normas, elevando o direito da nomostática a uma nomodinâmica – não abdicando daquela<sup>270</sup> –, sem pretensões de negar todos os problemas que circundam o direito, mas delimitando aqueles que lhe sejam próprios, com a exclusão dos que não lhe digam respeito. Bobbio nos indica que o ordenamento jurídico enfrenta problemas com a questão de sua sistematização e de sua unicidade.<sup>271</sup>

Enquanto a unidade como elemento indispensável ao ordenamento jurídico se compraz em identificar, escalonar e delimitar as fontes do direito, eliminando com isto o que não lhe seja afeto, possibilitando a inserção de componentes adequados somente às regras jurídicas – a sanção como meio de efetividade, por exemplo –, o elemento sistematização hierarquiza cientificamente os seus componentes, indicando “um ordenamento da matéria, realizado através do processo indutivo, isto é, partindo do conteúdo das simples normas com a finalidade de construir conceitos sempre gerais, e classificações ou divisões da matéria inteira”.<sup>272</sup>

---

<sup>269</sup> REALE, Miguel. Invariantes axiológicas. In: **Revista brasileira de filosofia**. Fascículo nº 57. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1942, p. 232.

<sup>270</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 229 *et sequens*.

<sup>271</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. UnB, 1997, pp. 34-35.

<sup>272</sup> IDEM, p. 78.

A dogmática da completude, como “o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade”,<sup>273</sup> apesar das críticas, notadamente as que salientam a desatualização das regras de direito diante do dinamismo das relações sociais, busca atribuir ao ordenamento jurídico plena capacidade para atingir os seus mais diversos objetivos sem lançar mão de elementos que lhe sejam externos. Por outro lado, embora o direito romano e as teorias do direito natural já postulem – assunto de certa forma retomado, timidamente, com o processo de globalização contemporânea – um único ordenamento jurídico, certo entretanto é que até o estágio atual não há negar-se a sua pluralidade, admitindo-se, com relação a qualquer ordenamento jurídico, outros que se ponham acima, abaixo, ao lado ou contra o considerado, como por exemplo, respectivamente, os ditos internacional, propriamente sociais, canônicos ou marginais.<sup>274</sup>

Todas estas questões (unidade, sistematização, completude e unicidade do ordenamento jurídico) são problematizados por várias possibilidades mas, ao que parece, ninguém concebe que tal é a sua tendência pois, sendo verdade que as ações humanas devem ser pautadas pela liberdade, não é menos verdadeiro que ao menos em um ponto deve ser a mesma limitada: pelo critério da necessidade,<sup>275</sup> que, ao ser criticado, o é por um desconstrutivismo que caminha para uma anarquia dita por Jacques Derrida como obsessão pela indecidibilidade.

Mas o indecível não é só a oscilação entre dois significados ou regras contraditórias e muito determinadas ou igualmente imperativas (por exemplo, aqui, o respeito do direito universal e da equidade e ao mesmo tempo o respeito da singularidade sempre heterogênea e única do exemplo não subsumível). O indecível não é só a oscilação ou a tensão entre duas decisões. Indecível é a experiência do que sendo estrangeiro, heterogêneo com respeito à ordem do calculável e da regra, deve sem embargo – é de um dever do que tem que falar – entregar-se à decisão impossível, tendo em conta o direito e a regra.<sup>276</sup>

---

<sup>273</sup> IDEM, p. 119.

<sup>274</sup> BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 164.

<sup>275</sup> MILL, John Stuart. **A lógica das ciências morais**. São Paulo: Iluminuras, 1999, p. 33.

<sup>276</sup> DERRIDA, Jacques. **Fuerza de ley**: el fundamento místico de la autoridad. Madri: Tecnos, 1997, p. 55.

Para não incorrer em excesso de regras que o possa aproximar do que Edgar Bodenheimer chama, *mutatis mutandis*, de despotismo,<sup>277</sup> o ordenamento jurídico sai de seu, digamos, personalismo, recorrendo “a conhecimentos formados fora do direito e caracterizados pela especial confiabilidade decorrente do fato de que resultam de indagações e pesquisas de caráter científico”,<sup>278</sup> cuidando para não resvalar para mero senso comum, empregando para tanto a modelagem científica. Não pacifica a questão dizer que “A ciência jurídica é uma inquietude ante o problemático”,<sup>279</sup> devendo-se olhar para além da dogmática, ou, como parece preferir Maria Helena Diniz, enlaçando à mesma o protagonismo lógico-formal do jurista (doutrina) e a participação efetivo-estimativa do seu aplicador (jurisprudência).<sup>280</sup>

Apesar do dogmatismo kelseniano reduzir a doutrina a simples teorema eqüidistante do que chama “conjunto de prescrições que regulam a conduta dos sujeitos e órgãos da comunidade”,<sup>281</sup> a doutrina tem servido para, no dizer de Otto Brusiin, estabilizar cientificamente o direito, retirando-lhe a característica de no máximo técnica profissional (arte, portanto) e qualificá-lo como “algo que só e unicamente se obtém por meio de uma educação especial”,<sup>282</sup> do contrário “teríamos que a qualidade de juristas deveria ser atribuída e negada várias vezes à mesma pessoa durante sua vida, segundo ela estivesse ou não no exercício de uma profissão jurídica prática”.<sup>283</sup> Minimizando tal colocação, pode-se perfeitamente separar o direito na práxis que desenvolvem Magistrados, Advogados e Agentes do Ministério Público e classificá-los em cientificidade e/ou em arte. Ou não.

Louis Assier-Andrieu proclama a necessária epistemologia jurídica entendendo que, do contrário, o direito seria reduzido à questão do olhar mencionado por Claude Levi-Strauss, já que, por exemplo, “sob a lupa do sociólogo, o jurista que pratica a ciência do direito só poderia esgotar o adversário, aumentar

---

<sup>277</sup> BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 23 *et sequens*.

<sup>278</sup> TARUFO, Michele. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**. Curitiba: IBEJ, 2001, p. 31.

<sup>279</sup> DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 7.

<sup>280</sup> IDEM, pp. 34-44.

<sup>281</sup> KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 245.

<sup>282</sup> BRUSIIN, **O pensamento jurídico**. Campinas: EDICAMP, 2001, p. 30.

<sup>283</sup> IDEM, p. 30.



com o obscurantismo da linguagem e a opacidade do raciocínio o poder dos preceitos que utiliza”.<sup>284</sup>

O elevado grau de reflexão que decorre da doutrina a impõe ao ordenamento jurídico, quando menos para formalizar o seu indispensável silogismo e, com isto, proporcionar a sua autonomia conceitual – estrutura, elementos e objetos comunicacionais próprios – e, partindo disto, se não elucidar as suas evidentes aporias, ao menos caminhar nessa direção.

Fábio Ulhoa Coelho<sup>285</sup> pôs em debate as resistências que o dogmatismo faz à doutrina jurídica ao chamar atenção para questão relacionada com a lógica jurídica que não se satisfaz, como em outras áreas do conhecimento, com os clássicos princípios da identidade, da não-contradição e da exclusão de terceiro, absorvendo uma logicidade heterodoxa que assimila a intuição em suas cognições, a polivalência em sua estruturação, e a paraconsistência em suas conclusões. Só assim mostra-se possível a convivência cronológica, hierárquica e especificizante do direito a ponto de consagrar princípios como *non liquet*, estruturando as suas implicações de extensão, intensidade e reciprocidade, e permitindo-lhe argumentação *a contrario senso* e analógicos.

Convém deixar por ora os aspectos estáticos da teoria jurídica para, na direção de sua intersubjetividade, buscar a sua dinâmica, pois, como disse Hans Kelsen, “O sistema de normas que chamamos de ordem jurídica é um sistema do tipo dinâmico”.<sup>286</sup> É que, ao lado da evidente passividade dos princípios e das regras jurídicos, os procedimentos para a aplicação de ambos, além de concretizá-los na solução dos conflitos também fundamenta a sua formulação, via conceito que decorre de uma prática racional.

Com efeito, questões como as de formação, vigência, necessidade e eficácia dos princípios e das regras jurídicos decorrem de formulações procedimentais – como por exemplo a parêmia “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”<sup>287</sup> – as quais conduzem o direito à sua eficácia, emoldurando-

---

<sup>284</sup> ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades modernas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 11.

<sup>285</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de lógica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 92 *et sequens*.

<sup>286</sup> KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 165.

<sup>287</sup> Ínsita ao artigo 75 do Código Civil Brasileiro revogado (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916). In: BRASIL. **Código civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 28.

lhe as várias possibilidades de aplicação sem incorrer em anarquia axiológica e sim no que Theodor Viehwieg chama de tópica, ou seja, “técnica de pensar por problemas”,<sup>288</sup> ou, como salienta Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “a partir deles, e em direção deles”.<sup>289</sup>

Pela menção já gasta de que um bloco de mármore contém as mais variadas formas de estátua – expressionista, detalhista etc. –, desveláveis a depender do interesse e da técnica do escultor, também a norma, sem rigor analógico, na sua generalidade abstrata remete à jurisprudência as várias possibilidades do fenômeno jurídico.

François Julien remete a eficiência à eficácia, elaborando conceitos distintos para efeito e efecto. Aquele, dizendo respeito ao resultado obtido ou obtível; este, se referindo à ação desenvolvida para que, dentre as opções imagináveis, possam ser processadas atividades para a consecução do desejável.

Diferentemente do efeito (visado pelo agir numa relação meios-fim), o efecto não deve ser “buscado”, de forma direta e voluntária; ele é chamado a decorrer “naturalmente” do processo encetado. Toda estratégia consistirá, em contrapartida, em saber implicar o processo a montante, de onde o efeito em seguida será levado por si mesmo a “vir”. Porque é da ordem da consequência, porque implica portanto, para resultar, passar por um processo que é sua condição, essa eficácia é indireta em relação ao objeto considerado. Ela é da ordem do fruto que, transformando-se imperceptivelmente, é levado a amadurecer, não do gesto heróico que pretende conquistar à força. Não se pode esperar “tomar de assalto” o real, ou tomá-lo “de surpresa”, diz também Mêncio (...), é preciso haver sempre um desenvolvimento (o que, para o efecto, é a condição de seu desdobramento); é impossível, como se sabe, atacar “diretamente” a planta para fazê-la crescer (...), é preciso deixá-la brotar”.<sup>290</sup>

Então a eficácia do direito é a sua efetividade (qualidade efecta) e não a sua simples efetivação (resultado do efecto; efeito).

Ocorre que nenhuma das escolhas jurisprudenciais – conceitual, teleológica, de interesses, sociológica etc. – lograram o êxito de esgotar tais possibilidades, exceto indicar que os problemas de efetivação do direito devem ser

---

<sup>288</sup> VIEHWIEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 33.

<sup>289</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio. In: VIEHWIEG, Theodor. Ob. cit., p. 3.

enfrentados e é nesse sentido que a jurisprudência se abre à tópica pois, para a efetivação do direito, urge de serem detectadas as razões recomendativas e desaconselhadoras da norma, superando as suas escalas sistemáticas, sem, entretanto, desconsiderá-las.

Viehweg deu uma indispensável tonalidade à abordagem tópica da jurisprudência, no que diz respeito à sua vocação para conduzir-se por raciocínios problematizados. Vejamos.

Para nosso fim, pode chamar-se problema – esta definição basta – toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há de levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução. Isto se desenvolve abreviadamente do seguinte modo: o problema, através de uma reformulação adequada, é trazido para dentro de um conjunto de deduções, previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere uma resposta. Se a este conjunto de deduções chamamos sistema, então podemos dizer, de um modo mais breve, que, para encontrar uma solução, o problema se ordena dentro de um sistema.<sup>291</sup>

Como se vê, a jurisprudência não se consome por encontrar a saída para as aporias enfrentadas pelo direito, comportando-se, apenas, não com indiferença, mas sem desesperar-se diante dos problemas que enfrenta, estacionando na tópica que se não o liberta, ao menos dá leveza ao direito. Tudo – veja-se pelo aqui exposto – com base em uma possível pragmática hermenêutica.

## 2. 4. Aparência, temporalização e representação histórica para o direito

A multiplicidade material do universo impossibilitaria o seu conhecimento não fosse a ordenação conceitual intuída de sua utilidade existencial, através da representação de sua aparência.

---

<sup>290</sup> JULIEN, François, **Tratado da eficácia**. São Paulo: Editora 34, 1998, pp. 148-149.

<sup>291</sup> VIEHWEG, Theodor. Ob. cit., p. 34.

Reconhecendo que o homem se distingue dos demais animais pela faculdade que tem de representar os objetos do seu pensamento, Kant não se afasta de que tais representações são formuladas em decisões genéricas, pelo entendimento denominado juízo, tanto no que predica a essência do objeto (analítico) como no que acrescenta algo que lhe é antecedente (sintético), para que

O nosso conhecimento de experiência seja um composto daquilo que recebemos por impressões e daquilo que a nova faculdade de conhecimento (apenas provocada por impressões sensíveis) fornece de si, cujo aditamento não distinguimos daquela matéria-prima antes que um exercício nos tenha tornado atento a ele e nos tenha tornado aptos à sua abstração.<sup>292</sup>

Em seguida, Kant procurou distinguir o juízo sintético *a posteriori* (que direta ou indiretamente deriva da experiência) do *a priori*, onde, o juízo sintético *a priori*, além de problemático (por admitir contradição lógica) e assertórico (realizando-se verdadeiramente), se mostrou fundamentalmente apodítico por não demandar nada além de sua própria possibilidade (necessidade). Neste sentido, convém observar que

*Em primeiro lugar*, portanto, se se encontra uma proposição pensada ao mesmo tempo com sua *necessidade*, então ela é um Juízo *a priori*; se além disso não é derivada senão de uma válida por sua vez como uma proposição necessária, então ela é absolutamente *a priori*. *Em segundo lugar*, a experiência jamais dá aos seus juízos *universalidade* verdadeira ou rigorosa, mas somente suposta e comparativa (por indução), de maneira que temos propriamente que dizer: tanto quanto percebemos até agora, não se encontra nenhuma exceção desta ou daquela regra. Portanto, se um juízo é pensado com universalidade rigorosa, isto é, de modo a não lhe ser permitida nenhuma exceção como possível, então não é derivado da experiência, mas vale absolutamente *a priori*. Logo, a universalidade empírica é somente uma elevação arbitrária da validade, da que vale para a maioria dos casos até a que vale para todos, como por exemplo na proposição: todos os corpos são pesados. Ao contrário, onde a universalidade rigorosa é essencial a um juízo, indica uma fonte peculiar do conhecimento do mesmo, a saber, uma faculdade de conhecimento *a priori*. Necessidade e universalidade rigorosa são, portanto, seguras características de um conhecimento *a priori* e também pertencem inseparavelmente uma à outra.<sup>293</sup>

---

<sup>292</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 53 (Coleção Os Pensadores).

<sup>293</sup> KANT, Immanuel. Ob. cit., pp. 54-55.

Partindo disto, o juízo *a priori* passou, como elemento do conhecimento que decorre de uma intuição necessariamente precedente, a ser visto como possibilidade para a elaboração genérica dos conceitos e, juntando-se a isto o dualismo que distingue a metafísica que cuidava dos saberes e das coisas em geral (ontologia) da que se referia à dialética entre as suas particularidades (psicologia, cosmologia, teologia), abriu-se espaço para uma arquitetônica<sup>294</sup> que não se reduz à sua especulação (material, derivada dos conceitos teóricos) ou à sua prática (costumeira, conducente a ações necessariamente dialéticas), mas que resulte na faculdade racional *a priori* do conhecimento, tanto por uma exposição metafísica que demonstre a abrangência do conceito precedente, como pela exposição transcendental, que formate principiologicamente tal conceito e possibilite analogias para outros conhecimentos.

Tanto o conceito que decorre do juízo fundamental indemonstrável (puro) como o que resulta da comparação, da reflexão e da abstração com o seu objeto (complexo), são representações que sintetizam a multiplicidade das coisas referidas (de maneira genérica e refletida) para a produção adjetiva do conhecimento. Para tanto, há que ser abandonada a característica facultativa do conceito em favor de uma necessária intuição singular e apriorística da situação extensiva (espaço) e da dilação histórica (tempo) de cada coisa, conjugando a passividade de sua aparência com o que Howard Caygill chama de “condição mais fundamental da experiência, a qual consiste na capacidade de unidade das diversidades de intuição”,<sup>295</sup> pois, de acordo com Kant,

A forma mais pura de intuições sensíveis em geral, na qual todo o múltiplo dos fenômenos é intuído em certas relações, será encontrada *a priori* na mente. Essa forma pura da sensibilidade também se denomina ela mesma *intuição pura*. Assim, quando separo da representação de um corpo aquilo que o entendimento pensa a respeito, tal como substância, força, divisibilidade etc., bem como aquilo que pertence à sensação, tal como impenetrabilidade, dureza, cor etc., para mim ainda resta algo dessa intuição empírica, a saber, extensão e figura. Ambas pertencem à intuição

---

<sup>294</sup> Para Immanuel KANT (Ob. cit., p. 492), “Por uma arquitetônica entendo a arte dos sistemas. Devido ao fato de que a unidade sistemática é aquilo que primeiramente torna o conhecimento comum uma ciência, isto é, faz um sistema a partir de um mero agregado de tais conhecimentos, a arquitetônica constitui a doutrina do elemento científico em nosso conhecimento em geral, pertencendo portanto necessariamente à doutrina do método”.

<sup>295</sup> CAYGILL, Howard. **Dicionário Kant**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 244.

pura, que mesmo sem um objeto real dos sentidos ou da sensação ocorre *a priori* na mente como uma simples forma da sensibilidade.<sup>296</sup>

Com base em tais colocações, o criticismo kantiano elaborou dois conceitos abstraídos de experiências e como representações *a priori* necessárias das intuições internas, uma relacionada à forma dos sentidos externos (espaço) e outra relativa à forma dos sentidos internos (tempo) das coisas.

Como forma do sentido intuitivo para o estado interno do homem, e sem fornecer ou se referir a figura alguma (falta substituída por analogias), o tempo possibilita todas as intuições, absolutizando-se em uma temporalidade puramente subjetiva, sem apreensividades numéricas da origem ou do fim, intuindo, assim, o conceito de eternidade.

Por outro lado, o tempo se mostra como condição necessária para ocorrer todas as intuições relativas à forma dos sentidos internos e possibilitadora de representações conceituais dos objetos, apresentando-se por uma temporalidade objetivável na medida em que fornece, intuitivamente e *a priori*, pelas quais as coisas podem necessariamente se exprimir, em uma paradoxal subjetividade objetiva, cujo aspecto formal é subjetivo e cuja função reside na objetivação (tanto que analisado conforme a modalidade de sua utilização) e dito, portanto, relativo, e temporalizando a coisa que se move, a partir do que estabelece a duração, a simultaneidade e a instantaneidade e permitindo a análise do que já não é (passado), do que é (presente) e do que ainda não é (futuro).

O fluxo da experiência humana sobre o movimento das coisas – do tempo, portanto – prende-se a referências sociais ou materiais de ordem histórica na medida em que, ao lado de compreendê-lo pela forma linear e eternamente seqüencial, percebe-o em suas retomadas cíclicas e imortalizantes, residindo nisto a condição humana que conjuga “as várias formas de engajamento ativo nas coisas do mundo”<sup>297</sup> e o “pensamento puro que culmina na contemplação”.<sup>298</sup>

A condição humana, destarte, se mostra densamente histórica pois sujeita aos influxos das modalidades temporais cujos fundamentos podem ser

---

<sup>296</sup> KANT, Immanuel. Ob. cit., p. 72.

<sup>297</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 26.

buscados filosófica ou cientificamente, sob pena de incorrer-se em espécie de patologia intelectual, já que também a historicidade cuida de expressar a auto-compreensão humana.

Essa fluência experimental suscitada pela condição humana não é contingente ao relacionar o passado das coisas, nem assistêmica, já que submetida a especulações (filosofia) e a regras (ciência) históricas onde “A mente humana naturalmente se inclina a deleitar-se no uniforme”.<sup>299</sup> Tampouco reversível uma vez que o existente jamais poderá deixar de ter existido, embora possa deixar de existir.

Com base nisto é que se impõe a busca de fundamentos para um correto saber daquilo que já se foi, o que “embora não nos permita prever o futuro com clareza de detalhes, pode nos indicar, pelo menos, um *sentido* ou uma *direção*”.<sup>300</sup>

Até a primeira metade do século passado, esse sentido direcional era especulado por um idealismo histórico que atribuía sequenciamento à racionalidade dos acontecimentos, ou por um materialismo histórico que suscitava uma seqüência dos fatos segundo as forças materiais que os causavam e condicionavam. A partir da segunda metade daquele século, sobrevivendo uma multiplicidade de sentidos decorrentes das revoluções científicas, duas posturas foram adotadas para a questão da filosofia da história: os pessimistas antevendo um fim da história ao entender que a interdisciplinaridade homogeneizadora dos múltiplos sentidos culmina por estabelecer uma indiferenciação epistemológica, não fazendo mais sentido uma historicidade analógica; os otimistas sugerindo uma história nova cujas estruturas são de ordem qualitativa – sem os rigores quantitativos da variedade de sentidos – e que, de acordo com Jacques Le Goff, promova uma nova erudição não negada pela unicidade e totalidade dos sentidos que decorre da interdisciplinaridade, e “se mantenha afastado dos sistemas rígidos de explicações históricas, reconheça a existência de sistemas históricos cuja estrutura e cujas

---

<sup>298</sup> IDEM, p. 26.

<sup>299</sup> VICO, Giambattista. **Princípios de uma ciência nova**: acerca da natureza comum das nações. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 47.

<sup>300</sup> JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. Ob. cit., p. 129.

transformações lhe incumbe analisar”.<sup>301</sup> Para tanto, indica a importância de um contraponto feito pelo tempo à unidade de sentido histórico, ao postular

*Um “retardamento” na noção de tempo, matéria da história. Aqui, também, pesquisar quem tinha poder sobre o tempo, sua medida e sua utilização. Demolir a idéia de um tempo único, homogêneo, linear – com base no modelo da multiplicidade dos tempos sociais, definidos por M. Halbwachs e Georges Gurvitch. Construir uma nova cronologia científica, que data os fenômenos históricos muito mais segundo a duração da sua eficácia na histórica, do que segundo a data da sua produção. Isso vale tanto para fenômenos materiais, quanto espirituais.*<sup>302</sup>

Vê-se, a partir do exposto, que a posição caótica que sugere o fim da história não é a única expectativa à condição humana, já que uma história nova se mostra opcional e, para tanto, o tempo pode servir de fundamento filosófico. Retorna-se a Le Goff, pois, em torno do proposto,

Sem bancar o profeta ou adivinho, podemos aventar três hipóteses: – ou a história, prosseguindo sua investida sobre as outras ciências humanas, absorve-as numa pan-história, ciência global do homem, dos homens no tempo; – ou produz-se uma fusão entre as três ciências sociais mais próximas: história, antropologia e sociologia. A essa eventual nova ciência, Paul Veyne daria com prazer o nome de “história sociológica”, eu preferiria chamá-la de “antropologia histórica”; – ou, deixando de ser sem fronteiras e de flutuar com todas as outras ciências humanas, a história se entrincheiraria num novo território, operando um novo “corte epistemológico”. Penso que um Michel Vovelle, tal como se exprime aqui (...), iria buscá-la de bom grado no sentido de “uma nova dialética do tempo curto e do tempo longo”.<sup>303</sup>

David Harvey desperta-nos para a volatilidade e para a efemeridade que, acentuadas nesta fase dita pós-moderna, resulta em uma presentalidade avassaladora, por conta da celeridade pela qual “o futuro veio a ser descontado no presente”<sup>304</sup> e em decorrência de “acelerações dos tempos de giro na produção, na troca e no consumo, que produzem, por assim dizer, a perda de um sentido futuro, exceto e na medida em que o futuro possa ser descontado do presente”.<sup>305</sup> Ainda, pois, que sejam estreitadas as relações de sentido histórico que das experiências

---

<sup>301</sup> LE GOFF, Jacques. A história nova. In: LE GOFF, Jacques *et alli*. (Orgs.). **A história nova**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 56.

<sup>302</sup> IDEM, p. 54.

<sup>303</sup> LE GOFF, Jacques. Ob. cit., p. 56.

<sup>304</sup> HARVEY, David. **A condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 2000, p. 263.

<sup>305</sup> IDEM, p. 263.



passadas indiquem possibilidades futuras, dado o aprimoramento do futuro pelo presente, é evidente que o tempo se apresenta como fundamental nesse processo histórico chamado pós-moderno.

Deixando a especulação filosófica para observar as regras do conhecimento científico, vê-se que o tempo, também aqui, mostra-se como fator indispensável. Afinal de contas,

O estudo da condição humana não depende apenas do ponto de vista das ciências humanas. Não depende apenas da reflexão filosófica e das descrições literárias. Depende também das ciências naturais renovadas e reunidas, que são: a Cosmologia, as ciências da Terra e a Ecologia.<sup>306</sup>

As características do conhecimento científico em si já demandam uma temporalização, pois uma coisa é a sua calcificação teórica, e outra é a sua subsequente evolução, tendo Francesco Carnelutti dito que “Não há que confundir a ciência com o progresso da ciência, isto é, sua existência com sua maturidade”,<sup>307</sup> explicando que “A ciência começa menina, dá os primeiros passos incertos, apodera-se pouco a pouco da linguagem e tarda em adquirir consciência de si”.<sup>308</sup>

Mesmo quando descreve o surgimento da ciência moderna, Augusto Forti admitiu que tal não passou de etapa do desenvolvimento científico, alcançando “um nível desconhecido em épocas anteriores”,<sup>309</sup> como “resultado da revolução cultural”.<sup>310</sup> Incidindo sobre o conhecimento científico uma temporalidade linear, as definições paradigmáticas são gradualmente entendidas como etapas do progresso da ciência; ao sobre ela incidir uma temporalidade cíclica é que o surgimento de novas concepções dará lugar a uma nova ciência. Buscando equações para esta dupla possibilidade, Werner Heisenberg conclui que “Talvez a melhor maneira de abordar os problemas da física moderna seja através de uma descrição histórica do desenvolvimento da teoria quântica”.<sup>311</sup>

---

<sup>306</sup> MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 35.

<sup>307</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do direito**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 16.

<sup>308</sup> IDEM, p. 16.

<sup>309</sup> FORTI, Augusto. O nascimento da ciência moderna e a liberdade de pensamento. In: FORTI, Augusto; MAYOR, Federico. **Ciência e poder**. Campinas/Brasília: Papirus/UnB, 1998, p. 33.

<sup>310</sup> IDEM, p. 33.

<sup>311</sup> HEISENBERG, Werner. **Física e filosofia**. Brasília: UnB, 1999, p. 44.

A incidência do tempo na configuração histórica do conhecimento científico não se limita à temporalidade pretérita, abrindo-se também às temporalidades presente e futura.

Com efeito, contra o perigo da hiperespecialização que decorre de um aperfeiçoamento continuado do método científico, aborda-se atualmente um necessário posicionamento [meta] [inter] [poli] [eco] disciplinar que, embora não chegue a um nível de anarquismo epistemológico ao gosto de Paul K. Feyerabend,<sup>312</sup> considere o ainda e o já não disciplinado (conhecimento vulgar), o entrelaçamento e a migração de um disciplinamento pluralizado. Prelecionando que “A disciplina é uma categoria organizadora dentro do conhecimento científico”,<sup>313</sup> Edgar Morin desperta para o fator extradisciplinar, lembrando o esclarecimento amador de Darwin, a não especialização de Munford, a observação assistemática de Wegener, buscando em Jacques Labeyrie a premissa de que “Quando não se encontra solução em uma disciplina, a solução vem de fora da disciplina”.<sup>314</sup>

Ao lado dessa proposta meta-disciplinar, mencionado autor sugere a ruptura entre as fronteiras disciplinares, com a conseqüente invasão de um problema de uma disciplina pelo de outra, de circulação de conceitos, de formação de disciplinas híbridas que acabam tornando-se autônomas, apelando para a formação de complexos, onde diferentes disciplinas vão ser agregadas e aglutinadas e, ainda quando não for necessária essa invasão e migração disciplinar, impor-se-á “levar em conta tudo que lhes é contextual, inclusive as condições culturais e sociais, ou seja, ver em que meio elas nascem, levantam problemas, ficam esclerosadas e transformam-se”.<sup>315</sup>

Observa-se, no proposto, a evidência de uma temporalidade presente que, refletida em uma temporalidade passada, incide no futuro, estabelecendo infinitas passagens paradigmáticas. Trata-se, enfim, de expectativa, de apresentar o futuro.

---

<sup>312</sup> FEYERABEND, Paul. K. **Diálogos sobre o conhecimento**. São Paulo: Perspectiva, 2001.

<sup>313</sup> MORIN, Edgar. Ob. cit., p. 105.

<sup>314</sup> IDEM, p. 107.

<sup>315</sup> MORIN, Edgar, p. 115.

O conhecimento científico estabelece relações futuristas a ponto de Federico Mayor compreendê-lo como a serviço do poder político, tendo que “se disciplinar a perícia científica em tempo de guerra”.<sup>316</sup> A previsibilidade do devir que decorre do conhecimento científico chega a ponto de firmar compromissos governamentais para além das fronteiras nacionais, seja pela “necessária cooperação íntima entre a ciência e o governo”,<sup>317</sup> seja pela “necessidade cada vez maior de uma abordagem mundial da política científica”,<sup>318</sup> ou, inclusive, pelo resultado tecnológico que, embora formatado por restrito ambiente científico e padecer de pouca divulgação, vem confirmar que a ciência tanto pode ser cultural como aquele instrumento que “Oferece lugar tanto literalmente quanto metaforicamente, e em geral onde é menor a oferta de ciência, maiores são as necessidades humanas”.<sup>319</sup>

A insuficiência da perspectiva histórica tradicional que decorre da posição centralizada dos que formam a elite social produz um discurso formal sem levar em conta nem buscar o cruzamento entre as múltiplas diferenças sociais, sejam estas explícitas ou ocultas, tanto de seu núcleo central como também das suas margens e do seu exterior.

Jean-Claude Schmitt adverte para o fato de que “a partir do centro, é impossível abarcar com o olhar uma sociedade inteira e escrever sua história de outro modo que reproduzindo os discursos unanimistas dos detentores do poder”,<sup>320</sup> tanto pela possibilidade de integração/reintegração dos excluídos (situados aquém da marginalidade histórica) como pela não menos possível ocorrência de exclusão dos incluídos (postos além da marginalidade histórica).

Com vistas presas em uma historicidade totalizante do desenvolvimento social é que, atualmente, se pode elaborar uma nova postura histórica, ainda que sob o risco das adaptações indesejáveis ou dos vanguardismos utópicos. Sobre tais preocupações, Guy Bois faz as seguintes colocações:

---

<sup>316</sup> MAYOR, Federico. Ciência e poder hoje e amanhã. In: FORTI, Augusto; MAYOR, Federico. Ob. cit., p. 121.

<sup>317</sup> IDEM, p. 127.

<sup>318</sup> IDEM, p. 126.

<sup>319</sup> IDEM, p. 126.

<sup>320</sup> SCHMITT, Jean-Claude. A história dos marginais. In: LE GOFF, Jacques *et alli*. (Orgs.). Ob. cit., pp. 261-262.

Pouco importa que os partidários dos métodos tradicionais ainda conservem na universidade um amplo poder institucional (apoiado num organismo anacrônico, por sua percepção e sua composição: o comitê consultivo), a “história nova” exerce a partir de então uma influência dominante. E as ambigüidades vão nascer inevitavelmente desse próprio sucesso. Primeiro porque aquilo que fora, essencialmente, uma renovação fecunda dos métodos da história foi rapidamente alterado pelo fenômeno de moda consecutivo aos sucessos alcançados. Eis a “história nova” lançada como uma marca de sabão em pó! Quem permanece apegado a uma história historicista, unilinear e estreitamente factual, irá proclamar-se da “nova escola” a fim de tornar seu produto mais vendável. Melhor, logo veremos historiadores dos mais empíricos se tornarem promotores entusiastas do refinamento estatístico: a elaboração das ferramentas conceituais é assim substituída pela aplicação de simples técnicas. O positivismo encontra aí uma oportunidade de sobreviver envergando um novo traje.<sup>321</sup>

Feitas tais considerações, forçoso retomar a perspectiva histórica de regressão mental a determinado ponto pretérito que, ao lado de sua caracterização geográfica, emoldura um tempo histórico por identificar dialeticamente uma história (inclusão histórica) de uma não-história (marginalidade histórica) formadora de uma historicidade complexa e plúrima, marcada pela especulação decorrente da filosofia da história (Vico; Hegel) e fortemente presa a concepções acerca do tempo. É por conta disto que Paulo Eduardo Arantes culminou por afirmar que “Na teoria do tempo, vimos Hegel distinguir duas formas de temporalidade: a duração e o tempo”,<sup>322</sup> consignando ainda que “Era de se esperar que a distinção entre História e não-História viesse recobri-la, isto é, viesse a sobrepor-se à distinção que opõe o processo abstrato das coisas à sua abolição relativa”.<sup>323</sup>

Esse processo de retorno à situação pretérita constitui uma das bases fundamentais do processo histórico. O outro, assinala Jörn Rüsen, “se efetua tanto melhor quanto mais completa for a apreensão da realidade pelo pensamento e sua interiorização”,<sup>324</sup> resultando em que “o cotidiano do historiador constitui a base natural da teoria da história”,<sup>325</sup> enquanto que a sua futura atualização mental é a

---

<sup>321</sup> BOIS, Guy. Marxismo e história nova. In: LE GOFF, Jacques *et alli*. (Orgs.). Ob. cit., p. 244.

<sup>322</sup> ARANTES, Paulo Eduardo. **Hegel**: a ordem do tempo. São Paulo: Hucitec/Polis, 2000, p. 211.

<sup>323</sup> IDEM, p. 211.

<sup>324</sup> RÜSEN, Jörn. **Razão histórica – teoria da história**: fundamentos da ciência histórica. Brasília: UnB, 2001, p. 25.

<sup>325</sup> IDEM, p. 25.

sua base 'artificial'." <sup>326</sup> No primeiro caso, deparamo-nos com a história imediata que ignora o seu epílogo; <sup>327</sup> no segundo, nos defrontamos com a antropologia histórica que já não ignora a sua conclusão. <sup>328</sup> Sobre uma possível racionalidade histórica, Jörn Rüsen prontamente adverte:

A ciência da história está, assim, entre a cruz e a caldeirinha: como ciência, ela não é especialidade competente para responder às perguntas fundamentais sobre o sentido e, no entanto, ela se sabe movida por tais questões, o que a impede de ignorá-las. <sup>329</sup>

Em seguida, relaciona algumas características teóricas para o estudo histórico, quais sejam as de função propedêutica (via espectro teleológico e introdutório de sua especialização), de função coordenadora (delimitando os estudos históricos, dando-lhe inteligibilidade e fixação teórica própria, embora não se exima das necessárias interdisciplinaridades), de função motivadora (compatibilizando os seus mandamentos objetivos com as especulações subjetivas que a circundam, sem perder de vista o sentido que desvele a cientificidade do conhecimento histórico), de função substancializadora (que modela e orienta o saber histórico) e de função mediadora (que homogeneíza a dualidade decorrente da história e da não-história).

Tais funções estimulam os critérios investigativos ao identificar as características da prática histórica, otimizar os processos cognitivos da sua pesquisa, prolongando-o na memória, estabelecer as regras de fundamentação, conduzindo a um nível teórico superior, e firmar o paradigma histórico. Além disto, as funções do estudo interferem diretamente na pesquisa histórica ao submeter o fato a uma expressão argumentativa que lhe seja adequada e, ao mesmo tempo em que consolidam a sua validade, retirando-lhe as aparências de casualidade e arbitrariedade, oportunizam-lhe uma atualização interdisciplinar.

Partindo das relações entre teoria e prática históricas, mostra-se evidente o seu processo de especialização que, apesar de estabelecer critérios necessários ao ensino teórico de história, organiza e explica o fenômeno histórico através de uma cientificidade dialógica (alopoiética). Constata-se, com isto, uma produção histórica que não se prende somente à teorização temática, nem com a

---

<sup>326</sup> IDEM, p. 25.

<sup>327</sup> LACOUTURE, Jean. A história imediata. In: LE GOFF, Jacques. Ob. cit., pp. 222 *et sequens*.

<sup>328</sup> BURGUIÈRE, André. A antropologia histórica. In: LE GOFF, Jacques. Ob. cit., pp. 125 *et sequens*.

<sup>329</sup> RÜSEN, Jörn. Ob. cit., p. 13.

circunstancialidade factual, erigindo uma historiografia fincada em uma principiologia que conjumine a especulação fundamental e os sentidos imediatamente detectados pela percepção. “Com isto, a teoria tem, para os resultados da pesquisa histórica formalizados na historiografia, as mesmas funções tanto para o estudo como para a pesquisa”,<sup>330</sup> destaca Jörn Rüsen, para quem

A teoria ganha, com isso, uma nova função para esse campo, qualitativamente diversa: quando o saber histórico, como resultado da pesquisa, é dirigido aos destinatários da historiografia, a teoria serve para destacar a pretensão de racionalidade própria a esse tipo de saber. Pode-se então falar de *uma função racionalizadora da pragmática textual* exercida pela teoria da história na historiografia. Isso significa que os princípios da razão histórica que constituem a história como ciência (e que são apreendidos e formulados pela teoria da história como princípios do estudo e da pesquisa) têm igualmente de ser refletidos e empregados quando se tratar de redigir o saber histórico obtido pela pesquisa e de torná-lo acessível ao público destinatário.<sup>331</sup>

Vê-se, em consequente, uma didatização que deságua na explicabilidade da história, ou seja, em uma formação histórica que a torne inteligível a ponto de ser possível a narração do fato histórico de modo mais próximo de sua completude e conformidade. Não se trata da fixação de competências historiográficas, mas de fugir da miniaturização ou da confusão do fenômeno histórico.

## 2. 5. Objetivação, subjetivação e o problema da efetivação

Como atividade intelectual e racional que se opõe às dos sentidos e da verdade,<sup>332</sup> fortificou-se tradicionalmente o pensamento não como simples racionalidade evidenciada, nem se bastando como generalidade distinta da sensibilidade e da práxis, pois ao refletir sobre o objeto dos sentidos o homem já realiza movimentação intelectual e sensitiva em sentido amplo. Destarte, assiste razão a Hilton Japiassú e Danilo Marcondes, ao indicar que

---

<sup>330</sup> RÜSEN, Jörn. Ob. cit., p. 46.

Diferentemente do conhecimento, que visa apropriar-se dos dados empíricos e conceituais, o pensamento constitui uma atividade intelectual visando à produção de um saber novo pela mediação da reflexão. Em outras palavras, o pensamento é o “trabalho” efetuado pela reflexão do sujeito sobre um objeto, num movimento pelo qual a matéria-prima que é a experiência é transformada, de algo não-sabido, num saber produzido e compreendido.<sup>333</sup>

Dessume-se disto que o conhecimento científico é um modo particular do processo habitual que é o pensar, do qual decorrem as definições genéricas do objeto desse processo, residindo nisto o pensamento.

Ao assumir uma forma específica, o conhecimento histórico reclama uma investigação explicativa de suas características que não se limite a uma simples constatação ao factual, indo à sua particular realização através do pensamento e como consciência histórica.

José Babini, citando Max Scheler, expõe que as relações do saber tendem a hierarquizar-se em aspectos de domínio (“é um saber indiferenciado, intersubjetivo, e não é senão um mundo de objetos, vale dizer, um conhecimento”),<sup>334</sup> de salvação (“é um saber enraizado nas profundidades do ser humano; mundo pessoal que pertence mais à esfera religiosa que à cognoscitiva”),<sup>335</sup> reclamando um saber culto que decorra de sua própria essencialidade. Não se trata aqui de um saber pelo saber, mas de uma precedência que abranja objetividades e subjetividades do saber, uma vez que

(...) assim como o saber de salvação está afetado por um forte coeficiente estimativo, e o saber de domínio o está por certo fator pragmático que não o desvincula do todo da ação, o saber culto adota frente às vinculações do saber com as restantes atividades humanas uma postura bifronte: por um lado se apóia em um fazer (o saber de domínio) e pelo outro se abre ao valor supremo, o absoluto. Esquemáticamente, poderia dizer-se que o saber de domínio é o saber próprio do *homo faber*, enquanto

---

<sup>331</sup> IDEM, p. 46.

<sup>332</sup> ABBAGNANO, Nicola. Ob. cit., p. 751.

<sup>333</sup> JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. Ob. cit., p. 209.

<sup>334</sup> BABINI, José. **El saber**. Buenos Aires: Galatea/Nueva Vison, s/data, p. 15. Consta, no original: “es un saber indiferenciado, intersubjetivo, y no es sino un mundo de objetos, vale decir, un conocimiento”.

<sup>335</sup> IDEM, p. 15. No original, está: “es un saber enraizado en las profundidades del ser humano; mundo personal que pertenece más a la esfera religiosa que a la cognoscitiva”.

que o saber de salvação é o do *homo sapiens* e o saber culto do *homo* sem adjetivo.<sup>336</sup>

Sem abdicar dos critérios de objetividade e de subjetividade, o saber reclama reflexão crítica capaz de, no mínimo, viabilizar que o postulado, através da intencionalidade, seja satisfatória e suficientemente alcançado, pois “só a direção reta, plena de intencionalidade, permite à consciência reflexiva alcançar a meta”.<sup>337</sup> Então, repousa na consciência o fundamento do saber, uma vez que

(...) a consciência ao dirigir-se ao ser pode trazer, atrás de sua reflexão, ao objeto, como a bola que ao rebater na parede volta com uma minúscula porção desta aderida à sua superfície. Mas também a bola pode não chegar à parede ou, mal dirigida, ir para fora; assim a consciência cognoscente pode cair em suas próprias dificuldades, enredar-se nas malhas da lógica e da linguagem, ou cair simplesmente na falseabilidade. E até, extremando a comparação, a consciência pode perder-se em um mero fantasiar, como o jogo converter-se em um puro jogar. Mas quando o processo não se desvia e a marcha para a objetividade é reta, priva o constante e permanente frente ao móvel e variável, e a razão, mediante o julgar correto e o verificar adequado, permite conhecer, reconhecer ou desconhecer uma modalidade do ser.<sup>338</sup>

Apesar dos perigos que espreitam, repousa na consciência a possibilidade do saber histórico porquanto “todo pensamento histórico, em quaisquer de suas variantes – o que inclui a ciência da história –, é uma articulação da consciência histórica”<sup>339</sup> na medida em que “A consciência histórica é a realidade a partir da qual se pode entender o que a história é, como ciência, e por que ela é

---

<sup>336</sup> BABINI, José. Ob. cit., p. 15. Vê-se, no original: “así como el saber de salvación está afectado por un fuerte coeficiente estimativo, y el saber de dominio lo está por cierto factor pragmático que no lo desvincula del todo de la acción, el saber culto adopta frente a las vinculaciones del saber con las restantes actividades humanas una postura bifronte: por un lado se apoya en un hacer (el saber de dominio) y por el otro se abre al valor supremo, el absoluto. Esquemáticamente, podría decirse que el saber de dominio es el saber propio del *homo faber*, mientras que el saber de salvación lo es del *homo sapiens* y el saber culto del *homo* sin adjetivo”.

<sup>337</sup> IDEM, p. 141. Traduzido de: “sólo la dirección recta, plena de intencionalidad, permite a la conciencia reflexiva alcanzar a la meta”.

<sup>338</sup> IDEM, p. 141. No texto original: “la conciencia al dirigirse al ser puede traer, tras de su reflexión, al objeto, como la pelota que al rebotar en el frontón vuelve con una minúscula porción de éste adherida a su superficie. Pero también la pelota puede no llegar al frontón o, mal dirigida, salir afuera; así la conciencia cognoscente puede caer en sus propios vericuetos, enredarse en las mallas de la lógica y del lenguaje, o caer simplemente en la falsedad. Y hasta, extremando el símil, la conciencia puede perderse en un mero fantasear, como el juego convertirse en un puro peloteo. Mas cuando el proceso no se desvía y la marcha hacia la objetividad es recta, priva lo constante y permanente frente a lo móvil y variable, y la razón, mediante el juzgar correcto y el verificar adecuado, permite conocer, reconocer o desconocer una modalidad del ser”.

<sup>339</sup> RÜSEN, Jörn. Ob. cit., p. 56.



necessária”,<sup>340</sup> ou seja, o conjunto “das operações mentais com as quais os homens interpretam sua experiência da evolução temporal de seu mundo e de si mesmos, de forma tal que possam orientar, intencionalmente, sua vida prática no tempo”.<sup>341</sup> A falseabilidade decorrente de sua subjetivação não deve servir de argumento em desfavor da consciência histórica, tanto que Alfred North Whitehead já cuidou de fazer observação de que a ciência é ainda mais mutável do que a teologia,<sup>342</sup> nem por isso atingida por tal circunstância. O que pode parecer elemento fragilizador, antes se mostra como pilar de sustentação à necessária consciência histórica por guardar preocupação não com a idéia de fragilidade do pensamento histórico, e sim com a idéia do seu progresso, do seu processo de maturação teórica, dentro da proposta de Edgar Morin de teorizar as estruturas da historicidade sem reduzi-la ao informado, mas buscando “dar sentido às informações”.<sup>343</sup>

A consciência histórica tem a sua problemática ínsita na interpretação, tanto que Pierre Fruchon, ao reunir e publicar textos de Hans-Georg Gadamer relativos à questão hermenêutica, deu à obra o título de O problema da consciência histórica (Le problème de la conscience historique), abrindo-a com estudos acerca dos “Problemas epistemológicos das ciências humanas”.<sup>344</sup> E estando a interpretação condicionada à faculdade de julgar, é na razão que encontra a sua formação.

Essa faculdade de julgar, que caracteriza o ser humano ao capacitá-lo a, partindo de certos princípios, discursivamente articular conceitos e proposições, culmina por minimizar o problema das mentalidades, notadamente na sua incomensurabilidade, para, começando com a espontaneidade da impressão direta que a relação imediata provoca (consciência em um tempo presente), permite um retorno reflexivo às impressões anteriores (consciência em um tempo pretérito) e, em seguida, estabelece uma mentalidade definidora do produto cultural, servindo de base para outras experiências (consciência em um tempo futuro).

---

<sup>340</sup> RÜSEN, Jörn. Ob. cit., p. 56.

<sup>341</sup> IDEM, p. 57.

<sup>342</sup> Conforme menção que faz Edgar MORIN (In: Ciência com consciência. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 38).

<sup>343</sup> MORIN, Edgar. Ob. cit., p. 98.

<sup>344</sup> FRUCHON, Pierre. Problemas epistemológicos das ciências humanas. In: \_\_\_\_. (Org.). **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, pp. 17 *et sequens*.

Por este liame, é possível considerar que a consciência histórica tem fundamentos na razão e se forma na mentalidade, inexistindo nisto qualquer contradição pois, na preleção de Jörn Rüsen,

Razão é um saber referente aos modos de operação da argumentação racional e, simultaneamente, a capacidade de sintetizar com coerência os diversos tipos de racionalidade presentes no pensamento histórico, sem reduzir sua pluralidade à uniformidade. É racional articular o leque dos múltiplos tipos de racionalidade em uma racionalidade própria do pensamento histórico.<sup>345</sup>

Não apenas o que existe, também o que não pode deixar de ter existido e o que tem consideráveis possibilidades de vir a existir compõem a historicidade no tempo presente. No primeiro caso, há uma presentalidade concreta da existência, no segundo uma evidente dedução atual do existido, enquanto que do terceiro decorre a opinião indutiva de algo que há de vir. Partilhar dessa condição é, em sentido amplo, o que pode ser definido como consciência histórica, que para Hans-Georg Gadamer é “o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo presente e da relatividade de toda opinião”.<sup>346</sup>

A consciência histórica, entretanto, não mais condiz com nenhum confinamento a tradicionais formas de pensar e fechadas a reflexões necessárias à compreensão da temporalidade mediante senso histórico definido por Gadamer, “como a disponibilidade e o talento do historiador para compreender o passado”, pois,

Ter senso histórico é superar de modo conseqüente a ingenuidade natural que nos leva a julgar o passado pelas medidas supostamente evidentes de nossa vida atual, adotando a perspectiva de nossas instituições, de nossos valores e verdades adquiridas. Ter senso histórico significa pensar expressamente o horizonte histórico coextensivo à vida que vivemos e seguimos vivendo.<sup>347</sup>

Conhecer o passado e expectar o futuro é perceber que o senso histórico se prende ao movimento de uma historicidade da qual todos fazemos parte,

---

<sup>345</sup> RÜSEN, Jörg. Ob. cit., pp. 173-174.

<sup>346</sup> GADAMER, Hans-Georg. Problemas epistemológicos das ciências humanas. In: FRUCHON, Pierre. (Org.). Ob. cit., p. 18. O termo *opinião* é aqui usado como intermediação entre o sentido do pensado, “visto não haver lugar ou região da ciência em que não haja intersecção entre O. e verdade” (ABBAGNANO, Nicola. Ob. cit., p. 730), de maneira que a *opinião* visa “traduzir as necessidades em conhecimentos e designar os objetos por sua utilidade” (JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. Ob. cit., p. 202).

<sup>347</sup> IDEM, p. 18.

mediante uma perspectiva histórica totalizadora das coisas e das populações,<sup>348</sup> estruturada em uma temporalidade de três tempos (passado, presente e futuro), reunidos ou separados pelas características da configuração (materialidade, oralidade e imaginação), da periodicidade (geração), da conjunturalidade (contextualização), da abrangência (limitação marginal) e da metodologia (simetria conceitual). Não se pretende, com isto, a redução de qualquer movimento ou situação históricos a uma concretude que esgote o seu campo de possibilidades e dificulte a superação dos seus estádios, já que “O desconforto, o inconformismo ou a indignação perante o que existe suscita impulso para teorizar a sua superação”,<sup>349</sup> mas uma postura histórica o mais ontológica possível, pela qual a teoria da histórica ultrapasse o sentido antropológico.<sup>350</sup>

As características que configuram a consciência histórica encontram estamentos no tempo, quais sejam: os da materialidade cultural que a arqueologia e paleontologia buscam definir, fugindo da abstração factual por “reintroduzir o homem na história, por intermédio da vivência material”,<sup>351</sup> os da oralidade, aberta a alteridades dialogadas, prediletando uma imediatidade presencial, inter-relacionando historiador e objeto histórico e democratizando a participação daquele;<sup>352</sup> e os da imaginação, dita por Jean-Jacques Becker “mais promissora para a história das mentalidades do que para a história da opinião, no sentido estrito”,<sup>353</sup> viabilizando uma materialização posterior, interligando épocas (passadas ao presente; presentes ao futuro),<sup>354</sup> e aproximando-se bastante do tempo absoluto que presentifica tanto o passado como o futuro.

Em torno do problema da geração, Jean-François Sirinelli chama atenção para a periodização histórica que decorre da padronização de frações do tempo, que se de um lado delimita cada uma de suas unidades e se limita às

---

<sup>348</sup> POMIAN, Krzysztof. A história das estruturas. In: LE GOFF, Jacques *et alli*. (Orgs.). Ob. cit., pp. 125 *et sequens*.

<sup>349</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2001, p. 23.

<sup>350</sup> BURGUIÈRE, André. A antropologia histórica. In: LE GOFF, Jacques *et alli*. (Orgs.). Ob. cit., pp. 125 *et sequens*.

<sup>351</sup> PESEZ, Jean-Marie. História da cultura material. In: LE GOFF, Jacques *et alli*. (Orgs.). Ob. cit., p. 210.

<sup>352</sup> FRANÇOIS, Etienne. A fecundidade da história oral. In: LE GOFF, Jacques *et alli*. (Orgs.). Ob. cit., pp. 3 *et sequens*.

<sup>353</sup> BECKER, Jean-Jacques. O handicap do *a posteriori*. In: AMADO, Janaína; FERREIRA, Marieta de Moraes. (Orgs.). **Usos e abusos da história oral**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001, p. 29.

banalidades (já que as faixas etárias são ínsitas a qualquer sociedade) e às generalidades (pois a periodização compõe a abrangência geral da historiografia), por outro ela não pode ser dispensada à formação da consciência histórica dada a plasticidade com que se adapta aos tópicos historiográficos aos quais se referir, mediante uma escala móvel do tempo que contextualize diferentes interesses relacionais, fugindo da padronização histórica estanque.<sup>355</sup>

Fugindo do estruturalismo, a contextualização histórica se apega a uma cotidianidade emergencial presa aos acontecimentos e escorando-se, destarte, em uma temporalidade de breve duração, e, apesar das críticas que sofre (por exemplo, de Krzysztof Pomian<sup>356</sup>), serve, quando pouco, a uma dialeticidade necessária à configuração das estruturas históricas referentes aos tempos curto e longo, com “variações sobre o velho tema da aceleração da história; numa época contemporânea – basta fixar o seu ponto de partida –, a velocidade, o vigor que se inscreve em acontecimentos; nos períodos anteriores, os longos lapsos de imobilidade ou de evolução lenta”.<sup>357</sup> Neste ponto, note-se que os mesmos aspectos que proclamam a inapreensibilidade do tempo presente – exceto sob a extensão de um longo agora – conduzem à advertência feita por Jean Lacouture de que a condenação feita à imediatidade histórica não dispensa um retorno ao acontecimento como matéria prima da historicidade contemporânea, marcada por tecnologias que viabilizam uma formação histórica instantânea, priorizando um tempo o mais próximo da realidade.<sup>358</sup>

A consciência histórica não descarta da necessária expectativa que operacionaliza induções capazes de, sem os rigores do determinismo, projetar e planejar a realidade futura, atualmente marcante para a historiografia econômica, política e social, tanto que, “na verdade, os estudos culturais que dela foram feitos por um Edgar Morin ou um Roland Barthes assumem o valor de uma histórica para o futuro”.<sup>359</sup>

---

<sup>354</sup> ARIÈS, Philippe. A história das mentalidades. In: LE GOFF, Jacques *et alli*. (Orgs.). Ob. cit., pp. 153 *et sequens*.

<sup>355</sup> SIRINELLI, Jean-François. A geração. In: AMADO, Janaína; FERREIRA, Marieta de Moraes. (Orgs.). Ob. cit., pp. 131 *et sequens*.

<sup>356</sup> POMIAN, Krzysztof. Ob. cit., p. 98 *et sequens*.

<sup>357</sup> VOVELLE, Michel. A história da longa duração. In: LE GOFF, Jacques *et alli*. Ob. cit., p. 86.

<sup>358</sup> LACOUTURE, Jean. A história imediata. In: LE GOFF, Jacques *et alli*. (Orgs.). Ob. cit., pp. 215 *et sequens*.

<sup>359</sup> PATLAGEAN, Evelyne. A história do imaginário. In: LE GOFF, Jacques *et alli*. (Orgs.). Ob. cit., p. 308.

Identicamente ao tempo, de cuja abrangência decorre um exterior denominado atemporal, que, ao contrário de lhe opor inexistência, culmina por abrangê-lo na configuração da eternidade, a consciência histórica não abdica, atualmente, de uma abrangência totalizante formada tanto pelos considerados historicamente incluídos como pelos que se põem à margem, ordenando o caos das atuais contraditoriedades, compondo a autoridade histórica dos excluídos e emancipando os historicamente marginalizados.<sup>360</sup> Tempo novo, relativizado pelos estudos da física quântica e da termodinâmica; história nova, que se relativiza ao levar em conta os considerados à margem da história tradicional. Tempo e atemporalidade, história e história nova.

## 2. 6. Cronologia do direito: instante, duração e estoque jurídicos

Os conceitos são construídos “a partir de uma tradição epistemológica marginalizada e desacreditada da modernidade, o conhecimento-emancipação”.<sup>361</sup>

Abdicando de aprofundamentos aparentes e desnecessários, Nelson Saldanha testifica que “O que chamamos de *Direito* pode entender-se e conceituar-se de diferentes maneiras: como organização das liberdades e dos interesses, como regulamentação de condutas, como sistema de normas, como estrutura de possibilidades”.<sup>362</sup> A par disto, sobre o direito,

Pode entender-se como algo muito amplo ou muito restrito. Em geral as conceituações mais genéricas tendem a equipará-lo ao próprio plano institucional da sociedade como um todo, enquanto as visões mais adstringentes se inclinam, como em uma petição de princípio, a descrever o direito como um conjunto de preceitos jurídicos, estes caracterizados por notas que correspondem à própria noção de direito.<sup>363</sup>

---

<sup>360</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Ob. cit., p. 26.

<sup>361</sup> IDEM, p. 26.

<sup>362</sup> SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 299.

<sup>363</sup> IDEM, p. 299.

Tal polissemia decorre, de certo modo, em parte da necessária composição teoria e práxis jurídica, “portanto uma variável e especial conjugação de ordem e hermenêutica”, pois, ao lado da ordenação que decorre de sua base teórica, a subsunção dos fatos à norma “sempre foi um momento interpretativo”.<sup>364</sup>

Estando a existência do direito a reclamar a adequação de suas regras à realidade subsumível, as proposições do direito passam a depender do sentido que possa ter a relação norma e fato, não se limitando, assim, a uma simples descrição normativa, tampouco à questão axiológica. Para Ronaldo Dworkin, as proposições de direito “São interpretativas da histórica jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo, porém, diferente de ambos”.<sup>365</sup> Embora as bases do fenômeno jurídico possam ser encontradas na hermenêutica, com esta, entretanto, o direito não se confunde.

Mesmo os adversários da base hermenêutica para o fenômeno jurídico, como parece ser Martin Stone, culminam por noticiar a concepção revisionista que difere da visão tradicional quanto aos fundamentos da aplicação das normas às hipóteses subsumíveis, ao deduzir que “se dizer o que as normas jurídicas prescrevem no caso particular requer uma interpretação das normas, então, segundo o revisionista, o resultado do caso depende de um julgamento que não é fixado unicamente pelas normas”.<sup>366</sup>

Citando Dworkin, Brian Bix salienta que “a interpretação não é uma mera faceta da prática jurídica, sobre a qual podemos fazer perguntas; é a resposta primária e incessante a quase toda questão que se possa querer fazer sobre o Direito ou sobre a teoria jurídica”,<sup>367</sup> para concluir:

Uma ênfase sobre práticas efetivas pode ter um efeito saudável sobre a teoria, no sentido de que desencoraja a especulação metafísica desnecessária. É fácil demais ser “iludido pela linguagem”: supor que deve haver um objeto de algum tipo que corresponda a todos os rótulos, ficar desorientado pelas imagens e metáforas que usamos e que com mais freqüência confundem do que esclarecem, e assim por

---

<sup>364</sup> IDEM, p. 300.

<sup>365</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 219.

<sup>366</sup> STONE, Martin. Focalizando o direito: o que a interpretação jurídica não é. In: MARMOR, Andrei. (editor). **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 50.

<sup>367</sup> BIX, Brian. Questões na interpretação jurídica. In: MARMOR, Andrei. (editor). Ob. cit., p. 219

diante. Retornar periodicamente ao que de fato fazemos – o que é que as nossas teorias tentam explicar – pode ajudar a evitar algumas dessas ciladas.<sup>368</sup>

Percebe-se, a partir do até aqui abordado, que as adversidades encontradas para a aceitação da hermenêutica como base existencial do fenômeno jurídico repousa, ao que tudo indica, na insistência em limitá-lo a tal base, ou, por outro lado, às dificuldades em aceitar uma objetivação do direito que, se aceita, só pode decorrer de sua prática. Melhor será, no enfrentar de tal dificuldade, estacionar em Michael Moore, para quem “A interpretação é apenas outra atividade – como dormir, comer, ensinar ou escrever – que as pessoas às vezes têm razão para realizar”.<sup>369</sup> Sendo tudo isto, não passa, entretanto, disto. E se a hermenêutica pode ser vista como base para o fenômeno jurídico, não se confunde nem vai além do direito, a não ser por uma abordagem feita por Michael Moore, de que seria necessário, à hermenêutica, uma postura cíclica de retorno a novos discernimentos que lhe sejam próprios, por uma espécie de interpretação da interpretação que resulte na validação de suas proposições, por um interpretativismo que se compraz com um dualismo exageradamente metafísico. Ou – forçoso reconhecer – uma meta-interpretação.

Francesco Carnelutti nos informa que os fatos são formados por situações, uma inicial, primeira das características que lhe são próprias, outra final – denominada evento –, que complementa e encerra a sua composição. Composto o fato, qualquer outra situação que lhe seja adequada servirá, unicamente, para a sua constituição cíclica, ou seja, a formação de fato similar.<sup>370</sup>

Ainda conforme Carnelutti, os fatos podem ser heterogêneos – compostos por situações diferentes – ou homogêneos – formados por situação idêntica, ou, simplesmente, por uma única situação – e, neste caso, a sua conformação reclama a incidência direta do tempo, postula uma temporalização. É que, não dispensando um mínimo de extensão para ser compreendida, a homogeneidade fática sugere uma seqüência mental que o temporalize, que o dilate, fazendo-lhe incidir uma extensão temporal que a instantaneidade da situação idêntica, por si só, não permite.

---

<sup>368</sup> IDEM, p. 229.

<sup>369</sup> MOORE, Michael S. Interpretando a interpretação. In: MARMOR, Andrei. (editor). Ob. cit., p. 46.

<sup>370</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Lejus, 2000, p. 57.

No tocante ao fato social, duas questões específicas são indicadas por Piotr Sztompka, uma traduzida pela afirmação de que “Todo fenômeno ou evento social está relacionado a outros fenômenos ou eventos”,<sup>371</sup> e que a partir disto, “eles não só estão relacionados externamente a outros fenômenos, como também podem ser repartidos internamente em componentes e que esses componentes também estão temporariamente correlacionados”.<sup>372</sup> Interna ou externamente, se as relações do fato social for do tipo homogêneo, compreendendo situações idênticas, ocorre a sua temporalização, a incidência de um tempo subjetivo que não mede a duração do fato social, estabelecendo a sua dimensão relacional, fixando-lhe o momento histórico, a sua cronologia, dita por Jean-Louis Bergel como o correspondente “a uma sucessão de pontos assinaláveis por referências à anterioridade e à posterioridade respectiva deles, de modo que permita apreender ‘os instantes’”.<sup>373</sup>

A cronologia tem a função fundamental de evitar que as diferentes capacidades humanas em avaliar os fatos homogêneos culmine por estabelecer-lhe uma temporalidade nomológica.<sup>374</sup> Quando, em sua homogeneidade, o fato jurídico mantiver relações internas, a nomologia de sua temporalidade chega a sugerir argumentos em prol de atemporalidade; mantendo relações externas, promove uma circularidade e uma multiplicidade rigidamente relacional, proporcionadora de uma dilatabilidade nomológica. De Cristiano Paixão Araújo Pinto:

O que releva sublinhar, nesses exemplos, é que a passagem do tempo é interpretado de acordo com atividades sociais, o que torna desnecessário, para orientação e organização do comportamento social, o recurso a qualquer cálculo aritmético ou astronômico. Uma peculiaridade verificada em algumas sociedades relaciona-se com a individualização de dias, meses e estações, que são identificadas com o ritmo da vida social.<sup>375</sup>

A nomologia temporal suscitada para a homogeneidade do fato social com base em relações externas não decorre de sua própria circunstancialidade e/ou

---

<sup>371</sup> SZTOMPKA, Piotr. Ob. cit., p. 86.

<sup>372</sup> IDEM, p. 86.

<sup>373</sup> BERGEL, Jean-Louis. Ob. cit., p. 153.

<sup>374</sup> BRETONE, Mário. **Derecho y tiempo en la tradición europea**. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 54. Desde a perspectiva sofista, os *nomoi* são fenômenos contingentes, que se justificam por si mesmo. [Desde la perspectiva sofista, los *nomoi* son fenómenos contingentes, que se justifican por si mismo].

<sup>375</sup> PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Modernidade, tempo e direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 153.



da relatividade dos círculos sociais, mas, sobretudo, de sua densidade axiológica, conforme esclarece Pontes de Miranda.

A relatividade não é apenas produto da diferença que existe entre o conteúdo dos círculos sociais. É uma relatividade (digamos assim) em todos os sentidos. Basta pensar-se nos valores com que se tecem as organizações sociais: o divino, o moral, o justo, o belo, são sempre relativos. Religião, Moral, Arte, Direito, Economia, Política e Ciência são critérios interiores de valorização, sistemas de avaliação ou aferição dos fatos, sentidos especiais das respectivas ordens de sínteses psíquicas. Exigem certa harmonia e empiricamente se desenvolvem por uma espécie de percepção de acordo, de conveniência, de certeza. Bom senso, senso lógico, consciência jurídica, senso prático, estético, jurídico, político, científico, tacto e gosto, simpatia etc., são palavras vagas e indeterminadas pelas quais metaforicamente se pretende denominar fenômenos psicológicos ainda insuficientemente estudados.<sup>376</sup>

Também assim no direito e, neste caso, a incidência da regra de direito será possível somente por uma temporalização do fato jurídico sem temporalidade própria (homogênea).

Sobre a relação tempo-direito, Lorenzo Carnelli expressou a sua preocupação, nos seguintes termos;

Não se conhece nenhuma investigação a seu respeito, praticada com satisfatória eficiência; portanto, falta no Direito a noção que permita caracterizá-lo distintamente e saber *qual é, que é e como é* o que merece a qualificação de jurídico, para determinar, assim, a função que desempenha e os efeitos que produz.<sup>377</sup>

Optando por um direito com existência centrada na conduta humana, as dificuldades encontradas por Carnelli para assimilar a temporalização do direito se agravaram quando busca exclusão recíproca entre a existência e o conceito – “Na existência não há objetivação possível, mesmo que no Mundo todo conclua em um *ob-jectum* que se contraponha a um sujeito cognoscente”<sup>378</sup> – fechando passagem para a nomologia temporalizadora dos fatos jurídicos homogêneos – tanto daqueles decorrentes do relacionamento externo, como, sobretudo, os de

---

<sup>376</sup> MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito**. Tomo 1. Campinas: Bookseller, 2000, p. 223.

<sup>377</sup> CARNELLI, Lorenzo. **Tiempo y derecho**. Buenos Aires: Librería Jurídica, 1952, p. 35. No original: “No se conoce ninguna investigación a su respecto, practicada con satisfactoria eficiencia; por tanto, falta en Derecho la noción que permita caracterizarlo distintamente y saber *cuál es, qué es y cómo es* que merece la calificación de jurídico, para determinar, así, la función que desempeña y los efectos que produce”.

relacionamento interno de situações –, reduzindo drasticamente as possibilidades da temporalização do direito e admitindo no máximo uma temporalização que se limite na prescrutabilidade do passado e do futuro. Sem penetrar a fundo nos argumentos filosóficos utilizados por mencionado autor, mostra-se a metodologia dualista que separa a incidência do tempo no direito – temporalização do direito –, da do direito no tempo – temporalidades jurídicas – como abrigo teórico que pode servir muito bem como espécie de Fio de Ariadne para as dificuldades verificadas.

Convém, para tanto, iniciar com uma sujeição juridicamente administrada do direito ao tempo.

Apoiando-se em Emile Durkheim, Piotr Sztompka admite que “O caráter social do tempo indica que ele não é uma substância, uma forma específica do ser, é antes um conjunto de relações que ordena eventos sociais em padrões rítmicos e seqüenciais”,<sup>379</sup> esclarecendo que “Um tipo de relação é simplesmente a ordenação antes-e-depois”.<sup>380</sup> O outro “é o tempo linear, sequência direcional de eventos que não se repetem”,<sup>381</sup> e “Um terceiro tipo é o tempo cíclico, ligando eventos de tipo repetitivo”<sup>382</sup>. Tais proposições servem para estabelecer a sujeição do direito ao tempo, qualificando-o a depender das situações relacionais que formam o fato jurídico: a instantaneidade jurídica para o fato jurídico homogêneo, considerado até ao seu evento; a durabilidade jurídica para o fato jurídico do tipo heterogêneo; e a repetitividade jurídica para as hipóteses cíclicas de fatos jurídicos (homogêneos ou heterogêneos). No primeiro caso, pode-se falar em instante jurídico, na segunda hipótese convém admitir uma duração jurídica e, na terceira situação, ainda pela analogia ao que Sztompka, forte em Szalai, admitiu para a temporalização social como estoque jurídico.<sup>383</sup>

O instante jurídico tem como finalidades precípuas situar o direito historicamente, definindo-lhe a idade orgânica a partir do que será possível

---

<sup>378</sup> IDEM, p. 39. No original: “En la existencia no hay objetivación posible, mientras que en el Mundo todo concluye en un *ob-jectum* que se contrapone a un sujeto cognoscente”.

<sup>379</sup> SZTOMPKA, Piotr. Ob. cit., p. 104.

<sup>380</sup> IDEM, p. 104.

<sup>381</sup> IDEM, p. 104.

<sup>382</sup> IDEM, p. 104.

<sup>383</sup> IDEM, p. 107.

classificá-lo diante das variações sócio-epistemológicas,<sup>384</sup> dando-lhe sensibilidade jurídica<sup>385</sup> para atribuir completude, perfeição e eficácia às regras de direito,<sup>386</sup> bem como para formalizar a conceituação do direito pelo contrabalancear do fracionamento analítico entre a teoria do direito com a prática jurídica,<sup>387</sup> indicando o conjunto de situações jurídicas verificáveis, e a de hierarquizar a enciclopédia jurídica, que escalona as prioridades jurídicas, sem o que não se mostra possível a sua unidade, a sua autonomia e a sua soberania.<sup>388</sup>

Pode-se inferir do exposto que a temporalização instantânea atribui totalidade e independência ao direito, estabilizando-o. Tratando das relações sistêmicas do direito, Nikolaos Intzessilougrou não deixa de admitir que “A totalidade emerge em razão da independência dos elementos, mas ela não deve ser confundida com o equilíbrio ou com a harmonia interna do sistema”.<sup>389</sup> Os elementos, na teoria sistêmica, sujeitam-se ao tempo instantâneo, submetem-se a uma temporalização instantânea.

A duração jurídica pode ser traduzida como a sujeição do direito ao tempo mediante duas formas de temporalização, uma pela imodificabilidade da permanência do fato jurídico, resultando na sua estabilidade prática, e outra pela instabilidade necessária e indispensável à sua atualização teórica. A dialética

---

<sup>384</sup> CARNELLI, Lorenzo. (Ob. cit., p. 133) O autor esclarece que “sem existir, o homem não poderia ter nenhuma idade. Mas a *idade* no conceito que procuramos estabelecer, não procede imediatamente da existência, senão da vida orgânica”. [sin existir, el hombre no podría tener ninguna edad. Pero la *edad* en el concepto que procuramos establecer, no procede inmediatamente de la existencia, sino de la vida orgánica].

<sup>385</sup> IDEM, p. 133. Para o autor, “Na *idade jurídica* não se problematiza o Tempo vivido existencialmente. O que importa nela é o vivido sensivelmente” [En la *edad jurídica* no se problematiza el Tiempo vivido existencialmente. Lo que importa en ella es lo vivido sensiblemente].

<sup>386</sup> CARNELUTTI, Francesco. (Ob. cit., p. 476) Afirma o autor que “Quando todos os requisitos previstos direta ou indiretamente pela norma se reúnam no ato, produzir-se-ão os seus efeitos jurídicos, ou seja, à situação final a que temos chamado evento, juntar-se-ão os efeitos jurídicos, o que tornará jurídica essa situação final e encerrará o ciclo do fato jurídico”.

<sup>387</sup> IDEM, p. 513. Expressando-se o autor: “Num dos pratos da balança coloca-se, como costuma dizer-se, a previsão legal (*fattispecie*), que desempenha a função daquilo a que chamamos peso. Para saber em que consiste este peso faz a ciência do direito a análise, que pela nossa parte deixamos traçada. Mas para a prática, a previsão legal assim fracionada ou seccionada nos seus elementos a que a análise reduz, não pode servir. Basta ver que a avaliação tem de ser feita na vida ordinária, com frequência, em termos rápidos e conjunto através da formação de tipos e fatos”.

<sup>388</sup> Retornando a Francesco CARNELUTTI (Ob. cit., p. 173), vê-se, como solução a tal problema, que “A unidade da ordem jurídica, na qual se resolve a pluralidade interna das ordens, implica um princípio de hierarquia. (...). O fundamento deste princípio reside na própria distinção entre soberania e autonomia, ou, antes, no próprio conceito de soberania, que alude à superioridade de uma fonte sobre a outra”.

<sup>389</sup> INTZESSILOUGROU, Nikolaos. L’espace-temps du système juridique: de la spatio-temporalité systémique à la spatio-temporalité juridique. In: **Archives de philosophie du droit**. Tome 42. Paris: Daloz, 1998, p. 299. No original, pode-se ler: “La totalité émerge en raison de l’interdépendence des éléments, mais elle ne doit pas être confondue avec l’équilibre ou l’harmonie interne du système”.

confrontadora das estabilidades prática e teórica serve para definir a direção do evento jurídico, seja para o seu aperfeiçoamento (*enteléquia*), enrijecendo e indefinindo a sua durabilidade, ou para a sua degradação (*entropia*), abreviando a sua existência e possibilitando estudos críticos acerca do direito. Retornando a Intzessilougrou – repetindo a ressalva que o professor tessalonicense expõe com base na teoria sistêmica –, colhe-se a seguinte lição:

A existência destas duas sortes de sujeição e de relação permite a realização de um estudo crítico, que conduzirá de uma parte à assimilação do fenômeno jurídico nos moldes metodológicos da teoria geral dos sistemas e da sistêmica, em geral, e de outra parte à adaptação daquelas exigências da particularidade do fenômeno jurídico.<sup>390</sup>

Para Piotr Sztompka, enquanto “Os processos sociais se desenrolam em estágios, os eventos seguem-se uns aos outros em sequências específicas”,<sup>391</sup> existindo uma lógica processual que chama de requisito adicional, de sequenciamento. A colocação se mostra adequada ao direito, enquanto sofrendo a incidência do tempo, em sua temporalização.

Se os fatos jurídicos seqüenciados tiverem a mesma constituição, uma vez interligados em temporalidade, resultará em duração; se de constituições díspares, pouco importando se contínuos ou contíguos em temporalidade, constituirão eventos não-seqüenciados. Serão tidos como seqüenciados somente os fatos jurídicos que não tiverem a mesma constituição – mesmo que da mesma natureza – e descontinuidade temporal.

## 2. 7. A sujeição do direito ao tempo e a temporalização jurídica

---

<sup>390</sup> IDEM, p. 304). Consta, no original: ‘L’existence de ces deux sortes de contraintes et de connaissances permet la réalisation d’une étude critique, qui conduira d’une part à l’assimilation du phénomène juridique aux moules méthodologiques de la théorie générale des systèmes et de la systémique, en général, et d’autre part à l’adaptation de celles-ci aux exigences de la particularité du phénomène juridique’.

<sup>391</sup> SZTOMPKA, Piotr. Ob. cit., p. 100.

A temporalização seqüencial do direito tem duplo direcionamento, tanto para o passado como para o futuro, sendo exemplo disto os fenômenos de antecipação que condicionam uma incidência do tempo sobre o direito.

Não se deve olvidar que a sujeição do direito ao tempo não abdica da ordem jurídica, necessária à compreensão dos defeitos da ordem social, ou, quando menos, à manutenção da sua ordenação, impondo-se, destarte, seja administrada a temporalização por critérios adequados à suscitação da ordem jurídica.

Tratando da questão relativa à sujeição do direito ao tempo, Jean-Louis Bergel não se afasta de que, ainda assim, o tempo deve articular estratégias para manter-se no seu desiderato de postular ou manter a ordem jurídica, permitindo-se, “assim, denominar os efeitos do tempo sobre as situações jurídicas apreendendo-as e remediando-as”.<sup>392</sup> Por outras palavras, o direito, ao sujeitar-se ao tempo, não abre mão de estabelecer critérios para tanto.

Pode-se, com base nos pensamentos de Bergel,<sup>393</sup> de Perelman<sup>394</sup> e de Carnelutti,<sup>395</sup> admitir a administração jurídica da temporalização do direito pelas perspectivas de sua artificialidade, do direito positivo, da propedêutica jurídica, da filosofia do direito ou do direito em sua razão comunicativa.

Como arte, o direito sofre a incidência do tempo assimilando uma temporalização técnica como fator de criação, extinção ou conservação das práticas jurídicas, ao tomá-lo como critério fundamental para aquisição, perda ou manutenção de direito subjetivamente previsto para determinada situação jurídica.

A álea do positivismo jurídico administra a submissão do direito ao tempo, no tocante à sua simples incidência, como fator inexorável (futuro) ou não (passado), estabelecendo, respectivamente, critérios para a antecipação,<sup>396</sup>

---

<sup>392</sup> BERGEL, Jean-Louis. Ob. cit., p. 157.

<sup>393</sup> IDEM, pp. 157 *passim*.

<sup>394</sup> PERELMAN, Chaïm. Ob. cit., pp. 369 *passim*.

<sup>395</sup> CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit., pp. 226 *passim*.

<sup>396</sup> Via *tutela antecipatória*, como prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil brasileiro atualmente em vigor.

prevenção<sup>397</sup> e postecipação<sup>398</sup>, ou, no que diz respeito à sua progressividade, como fator de otimização.<sup>399</sup>

Do ponto de vista propedêutico, a temporalização do direito pode ser administrada com os exemplos da estimação econômica do tempo, firmando regras para a valorização financeira com base em sua temporalidade, e do ficcionar sociologicamente relações jurídicas entre sujeitos cuja personalidade não ultrapasse a sua realidade jurídica temporalizada.<sup>400</sup>

Com atuação hipotética sobre o conflito de interesses, o direito administra psicologicamente a sua sujeição ao tempo estabelecendo regras que, na modalidade temporal e na dependência desta, fixa razões para apaziguamento ou para perturbação, disciplinando, por exemplo, na área criminal a quantificação das penas ou, por outro lado, a prescrição do direito de punir, a anistia e a reabilitação criminal.

Vingança e ressentimento são indicados como os dois elementos mais expostos na incidência do direito, enquanto que o perdão resulta na mais elevada sustentação para a sua não-incidência. É possível dizer que, nas duas hipóteses, a incidência do tempo no direito é fator que deve ser administrado filosoficamente por resultar em problema nitidamente ético o ato de ressentir-se e vingar-se, ou o de perdoar. Em direção a um tempo futuro, no ato de prometer, densamente ético no comprometer-se, o direito administra a sua sujeição ao tempo pelo mesmo critério filosófico (ético).

Enquanto razão argumentativa, o direito administra a incidência do tempo sobre si mesmo regrando a oportunidade argumentativa como instrumento de superação das dúvidas e das hesitações, bem assim como estamento da opcionalidade, da liberdade de escolha. Também para uma demonstração lógica que evite recusa, que convença à aceitação de suas regras. Após o oferecimento da contestação, diz o artigo 267, § 4º, do Código de Processo Civil brasileiro, a opção

---

<sup>397</sup> Através de *tutelas cautelares*, de *tutelas inibitórias* e de *interditos proibitórios*, previstos em nosso sistema processual, com raízes na técnica das *tutelas diferenciadas* do sistema italiano.

<sup>398</sup> Assegurando o direito a partir do evento (*ex-tunc*) ou a partir do provimento jurisdicional (*ex-nunc*).

<sup>399</sup> De juridicização, judicialização e jurisdicionalização.

<sup>400</sup> O valor das horas, dos dias e dos anos trabalhados são exemplos significativos da valoração econômica do tempo.

pela desistência da ação dependerá do consentimento da parte contrário no conflito de interesses; até a prolação da sentença devem as partes ser concitadas à conciliação, giza o artigo 125, inciso IV, de mencionado Código. Exemplos rápidos do direito, na prática, administrando a temporalização de suas razões argumentativas. De Jean-Louis Bergel:

Essas diferentes questões mostram algumas manifestações do tempo no direito: o instante (a idade da maioridade), os prazos, o efeito extintivo do tempo (a prescrição), sua heterogeneidade (os períodos em que corre e aqueles em que é suspensa: art. 2252 do Cód. Civil), o efeito de refreamento ou de aceleração da vida jurídica com a utilização do tempo pelo direito.<sup>401</sup>

Em função dos eventos jurídicos, o direito demanda processo historiográfico tanto com relação ao passado como também por expectativas futuras. Tais processos são permeados por regras ditas por Roberto Piragibe da Fonseca como de atuação retrospectiva, buscando significações jurídicas desde as unidades primitivas do direito até a sua consonância, passando pela fase de oposição de suas regras com as relativas aos demais fenômenos sociais.<sup>402</sup> É nesta passagem que, segundo Del Vecchio, “o regime da vindita conduz necessariamente ao enfraquecimento dos grupos, devido a contínuas lutas mortíferas, sobrevivendo a composição, via indenização”.<sup>403</sup> Ou conciliação, pode-se consentir, fugindo-se do sentido interdital do Estado na solução do conflito.

As regras de atuação retrospectiva conduzem aos aspectos da fixidez e da mobilidade na temporalização do direito, estruturando a existência, a unidade e a continuidade do direito, pois não somente as regras que estabilizam, também as que dinamizam o direito devem, enquanto regras de mobilidade jurídica, conter atuação permanente.

Piragibe da Fonseca nos lembrou que “o mundo foi essencialmente jurista, mas eminentemente artista o mundo do Renascentismo e destacadamente economista o mundo contemporâneo”,<sup>404</sup> demonstração de que, embora as regras de atuação retrospectiva e as de atuação permanente tenham em vista,

---

<sup>401</sup> BERGEL, Jean-Louis. Ob. cit., p. 163.

<sup>402</sup> FONSECA, Roberto Piragibe da. **Breviário de principiologia jurídica**: introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Edição independente, 1958, pp. 106 *passim*.

<sup>403</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. Ob. cit., p. 521.

fundamentalmente, a submissão do direito a um tempo passado, as estratégias adotadas por ambas são para estabelecer a progressividade do direito, servindo ambas para assimilar uma expectativa futura da temporalização do direito.

Mais visível, no sistema de normas, as regras de direito estão fundadas em uma dada situação passada, regendo situações similares no movimentar cíclico do fato jurídico. Pela dogmática, enquanto não desconsiderada, pelas regras do próprio sistema, o direito positivado na forma escrita permanece com a sua validade estrita – marcada por correto domínio, correta elaboração –, mantém a sua vigência. Neste aspecto, diz-se que o direito tem amarras no passado.

Enquanto permanecer vigente, diz-se que a norma é eficaz. Ocorre que nem sempre o consenso sobre a incidência da norma no fato jurídico se mantém o mesmo e, quando de sua alteração, dá-se evidente dissensão entre a regra de direito e o fato jurídico, deixando a norma de ser eficaz.

Perdendo a sua eficácia, a regra de direito, embora vigente, supera o passado no qual foi elaborada. No sistema brasileiro, quase todas as regras da Lei de Contravenções Penais estão em vigor,<sup>405</sup> entretanto algumas não têm eficácia, superaram o passado em que se formaram, notadamente por vivenciarmos na atualidade perspectiva de um direito penal mínimo, com descriminalização e despenalização das infrações de menor potencial ofensivo.

Veze ocorrem em que a norma jurídica padece de eficácia pelo fato de ainda não se encontrar em concordância com o fato jurídico, cuja validade expecta um fato social futuro e ideal.

No que se refere ao dever como correspondência a todo direito, eis que por vezes, com base na exoneração por inimizabilidade, fatos relacionados com eventos da natureza (caso fortuito) ou que resultam de ato alheio (força maior) também possibilitam a superação da norma em vigor.

---

<sup>404</sup> FONSECA, Piragibe da. Ob. cit., 108.

<sup>405</sup> Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941.



A temporalização do direito pode ocorrer, destarte, também negativamente, seja pela superação do passado normatizado ou pela expectativa de um momento vindouro.

Após insistir em que “A lei das oposições, a da consonância, a da modalidade e a da continuidade, pressupõe naturalmente a *lei do progresso*”,<sup>406</sup> Piragibe da Fonseca explicitou acerca da autenticidade ou não das regras de progresso jurídico, cuidado que deve ser adotado mais rigorosamente com relação às temporalidades do direito. Para tanto, sobredito jurista invoca uma lei do progresso acatável, que não padeça de inautenticidade.

Lei do progresso inautêntica é a que preceitua o progresso evolutivo necessário, isto é, sem soluções de continuidade, fantasia contra a qual a história *in genere* protesta formalmente, por que o progresso humano não é de modo algum graficamente representável por uma reta perfeita, que do ponto inicial avança em direção a outro ponto, o seu destino, sem quaisquer inflexões ou sinuosidades. Lei do progresso acatável é a que, amparada à experiência histórica, conclui por admitir o progresso, é claro, mas por admiti-lo em princípio, isto é, por admiti-lo não constante e uniforme, mas graficamente representável por uma hélice cujos movimentos, repetidos e regulares, lembram bem as perplexidades e vacilações do homem, mas cuja marcha ascensional simboliza à maravilha a realidade da trajetória heróica da caravana humana, sempre para a frente, apesar de tudo, e, apesar de decaídas e contra-marchas, sempre para o alto, olhos postos em plano superior.<sup>407</sup>

A partir disto, prossegue Piragibe da Fonseca, referindo-se à lei do progresso acatável: “Esta a lei do progresso legitimamente aplicável à história dos fenômenos sociais basilares e, portanto, ao direito, porque, bem apreendidas as acepções autênticas de evolução e progresso, torna-se forçoso convir em que, na verdade, o direito evolui e progride”.<sup>408</sup>

O direito evolui, pode-se então concluir, superando a temporalização e indo sujeitar o tempo, atribuindo-lhe medida e sucessão, cronometrando-o e, mais que isto, promovendo-lhe uma sensibilidade jurídica, quando necessário.

---

<sup>406</sup> FONSECA, Roberto Piragibe da. Ob. cit., p. 109.

<sup>407</sup> IDEM, p. 109.

<sup>408</sup> FONSECA, Roberto Piragibe da. Ob. cit., p. 109.

Presa ao conteúdo das situações jurídicas, a noção de justiça assume uma dupla característica com relação ao tempo, ora decorrendo de uma temporalização do direito, ora presa à temporalidade jurídica. Possivelmente por não atentar para a incidência mútua do tempo no direito, e deste naquele, é que a proposta de justiça social resultou por afastar-se do que contém as situações jurídicas, postulando uma temporalização fracionada e assimétrica, como se as regras de direito pudessem estar propugnando injustiças. O sistema jurídico, entretanto, não se compraz de voluntarismos dissociados da justiça, trazendo ele mesmo regras para a eventual superação de dissensões do tipo, a isto, no máximo, podendo ser chamado de uso alternativo do direito, se se quiser, didaticamente, caracterizar a diferença entre a temporalização do direito e a temporalidade jurídica.

Afastam-se dessa possibilidade as propostas do direito alternativo, por não guardar cerimônia em sugerir as soluções como sustentáculo da justiça, em evidente atemporalização do direito, ou, quando menos, por uma temporalização nomológica dissociada da temporalidade jurídica.

A teoria alternativista deixa entrever um olvidar-se de que a emancipação sócio-econômica resulta de lutas políticas, e que, a partir disto, cumpre ao direito, mediante tangibilidades entre temporalidades jurídicas, sociais, políticas e econômicas, assegurar as vantagens politicamente alcançadas. Otfried Höffe faz comparação interessante sobre teoria da justiça como contrato ou como legitimação, indicando que enquanto pactuada, a justiça ganha em clareza conceitual, padecendo de legitimidade, e, enquanto legitimada, enfrenta a falta de clareza e suficiência metodológica.<sup>409</sup>

Curiosamente o professor Edmundo Lima de Arruda Júnior, sob um provável alternativismo invertido, propugna o que chama de irracionalismo e apologia de conteúdos vazios como índice jurídico a ser superado, apesar de se posicionar a favor das lutas políticas emancipatórias, indicando que

A construção de novo senso comum, na realidade, novo sentido em dada expressão consensual de cultura, já não é mais senso folclórico, fragmentário, e sim homogêneo, posição sócio-cultural conquistada, condição à infusão de novos

---

<sup>409</sup> HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Petrópolis: Vozes, 1991, pp. 362 *passim*.

consensos. (...). Os novos espaços conquistados no interior de cada instituição jurídica indicam parcelas de lutas específicas e particulares para a própria redefinição da hegemonia, colaborando com desconstrução do atual bloco histórico na luta por outro, democrático.<sup>410</sup>

Melhor apostar em Katie Argüello,<sup>411</sup> que separa didaticamente tais questões como racionalidades interna e externa do direito, e não como racionalismo e irracionalismo, como ocorre em Edmundo Arruda Júnior.

Neste assunto, esquisita a maneira coloquial e debochada adotada por Antônio Augusto Marante Furtado quando, depois de afirmar que “Nenhum homem isolado, ou nenhuma assembléia de homens, têm meios para decretar que dediquemos nosso tempo à Filosofia”,<sup>412</sup> e ressaltar que a filosofia “não é imperativa como uma norma jurídica, embora devesse estar incluída num currículo obrigatório, ocupando espaço, na educação secundária, ao lado da Física e da Biologia”,<sup>413</sup> culmina por dizer que “poucos se dão conta de que a Filosofia é praticada a todo instante, por qualquer um, independente do fato do sujeito estar ou não alfabetizado”.<sup>414</sup>

A questão, como proposta, está mais para um dizer não ao não, um proibir o proibido, é normatizar um não-direito. Estudando o pensamento de Georges Gurvitch, José Luís Bolzan de Moraes reconduz tal dilema à razoabilidade, chamando o problema à ordem, ao indicar que na medida em que o direito puramente estatal se voltar para a quebra da hegemonia do homem individualizado, vivente, indo proteger interesses de grupos sociais, arrisca-se em perder completude e unicidade (temporalização), ganhando em heterogeneidade social, em temporalidades. Não há desprezar-se uma coisa pela outra, vice-versa, pois a temporalização do direito não elimina as temporalidades jurídicas, embora reflitam incidências invertidas entre o tempo e o direito.<sup>415</sup>

---

<sup>410</sup> ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito e século XX**: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna (ensaios de sociologia). Rio de Janeiro: Luam, 1997, pp. 117-118.

<sup>411</sup> ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. **O ícaro da modernidade**: direito e política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997, pp. 151 *et sequens*.

<sup>412</sup> FURTADO, Antônio Augusto Marante. **Direito, fraude & respeito mútuo** (interdisciplinaridade e direito: quatro ensaios). Rio de Janeiro: Luam, 1998, p. 145.

<sup>413</sup> IDEM, p. 145.

<sup>414</sup> IDEM, p. 145.

<sup>415</sup> MORAIS, José Luís Bolzan de. **A idéia de direito social**: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 95 *et sequens*.

Tanto a incidência do tempo no direito (temporalização do direito) como a do direito no tempo (temporalidades jurídicas), estão contidas na dimensão jurídica (dogmática), são compreendidas pelo direito, pois é conforme regras de direito – gerais ou específicas – que tais incidências acontecem. Daí, leciona César Augusto Abelenda, “Se explica, pois, que nos Códigos Civis se incluam regras referentes ao tempo e ao modo de computá-lo”.<sup>416</sup>

A bem da verdade, não se trata de regra presa à órbita civil, mas de um disciplinamento geral ou específico – dependerá do assunto tratado – de sujeição do tempo ao direito, não por outra razão dito por Maria Helena Diniz tratar-se de “um superdireito, um direito coordenador de direito”.<sup>417</sup>

No aspecto geral, a sujeição do tempo ao direito, no Brasil, é tratada, por exemplo, no artigo 5º, incisos XXXVI, XXXIX, XL, XLIV e LVII de nossa atual Constituição Federal,<sup>418</sup> bem assim nos artigos 1º, 2º e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil,<sup>419</sup> enquanto que, especificamente, tal sujeição vem disposta em cada norma que trate particularmente do assunto: a sujeição material, nas normas de direito material; a instrumental nas leis processuais. O sistema jurídico brasileiro traz regras de atemporalização e de temporalização do direito.

A atemporalização pode ser do direito ou do seu exercício, livre ou vinculada, em razão do fato jurídico, com relação às pessoas envolvidas na relação jurídica, em decorrência de condição prejudicial, ou por eventual instrumentalidade.

Ao considerar como crime “imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”,<sup>420</sup> a nossa Constituição Federal em vigor atemporaliza o direito estatal de punir, em razão do fato jurídico (crime), enquanto que o nosso Código Civil atual, ao dispor, em seus artigos 197 e 198, que não corre o prazo prescricional “entre cônjuges, na

---

<sup>416</sup> ABELEND, César Augusto. **Derecho civil**: parte general. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 187.

<sup>417</sup> DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 4.

<sup>418</sup> BRASIL. **Vade Mecum acadêmico-forense**. São Paulo: Vértice, 2005, p. 33.

<sup>419</sup> Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. In: BRASIL. **Vade Mecum acadêmico-forense**. São Paulo: Vértice, 2005, pp. 187-188.

<sup>420</sup> Constituição Federal brasileira, artigo 5º, inciso XLIV. IDEM, p. 33.

constância do casamento”<sup>421</sup> e “contra os incapazes de que trata o art. 3º”<sup>422</sup>, exemplifica atemporalização com relação às pessoas envolvidas na relação jurídica.

O artigo 199 do Código Civil mencionado prevê a suspensão da prescrição “pendendo condição suspensiva”,<sup>423</sup> “não estando vencido o prazo”<sup>424</sup> ou “pendendo ação de evicção”,<sup>425</sup> evidenciando uma atemporalização do direito em decorrência de condição prejudicial, enquanto que, pela atual redação do artigo 366 do Código de Processo Penal brasileiro, ao estabelecer que “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional”,<sup>426</sup> constitui uma atemporalização do direito por eventualidade instrumental.

As regras de direito sujeitam o tempo positivamente, disciplinando a temporalização do direito ao caracterizá-lo, delimitá-lo, quantificá-lo ou condicioná-lo, nos sentidos do tempo passado, presente ou futuro.

Dispondo que “O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo”,<sup>427</sup> e que “Contam-se os dias, meses e anos pelo calendário comum”,<sup>428</sup> o direito caracteriza o tempo, submetendo-o às suas regras. Por outro lado, as disposições “Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País 45 (quarenta e cinco) dias depois de sua publicação”<sup>429</sup> e que “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”,<sup>430</sup> indicam uma temporalização delimitadora do direito. Fixando 10 (dez) dias para a prolação de sentença, o artigo 800 do Código de Processo Penal brasileiro temporaliza quantitativamente o direito, ao passo que, estabelecendo que “Começa a correr o prazo: (...) II – quando a citação for por oficial de justiça, da data de juntada aos autos do mandado cumprido”,<sup>431</sup> o direito, pelo Código de Processo Civil atualmente em vigor, condiciona a temporalização.

---

<sup>421</sup> Código Civil. IDEM, p. 215.

<sup>422</sup> IDEM, p. 216.

<sup>423</sup> IDEM, p. 216.

<sup>424</sup> IDEM, p. 216.

<sup>425</sup> IDEM, p. 216.

<sup>426</sup> Código de Processo Penal, artigo 366. IDEM, p. 825.

<sup>427</sup> Código Penal, artigo 10. In: BRASIL. **Vade Mecum acadêmico-forense**. São Paulo: Vértice, 2005, p. 673.

<sup>428</sup> IDEM, P. 673.10.

<sup>429</sup> Artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil. IDEM, p. 187.

<sup>430</sup> Artigos 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. IDEM, p. 187.

<sup>431</sup> Código de Processo Civil brasileiro, artigo 241. IDEM, p. 487.

A temporalização em direção ao passado pode ser percebida pelo estampado no artigo 5º, incisos XXXVI, XXXIX e XL de nossa atual Constituição Federal, nos seguintes termos: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”; “não há crime anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”,<sup>432</sup> “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.<sup>433</sup> Trata-se, como se vê, de normas de retroatividade ou não da regra de direito, temporalizando-a em face do passado.

## 2. 8. Projeção do direito e expectativa jurídica

Na direção do futuro, consigna a mesma Carta Constitucional que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.<sup>434</sup>

A sujeição do tempo ao direito mediante normas jurídicas tem o condão de dimensionar o direito, evitando que questões que lhe digam respeito, ainda que mediante incidência temporal, extrapole a dogmática jurídica, tudo pela necessária metodologia jurídica sem a qual incorrer-se-ia na já suscitada anarquia epistemológica. Quanto a isto, Celso Ribeiro Bastos chegou a dizer que “não se pode ignorar a força própria da lei para regular as situações que constituem o seu objeto”.<sup>435</sup> Ao lado da necessidade conceitual e de ordenação sistemática do direito, a submissão do tempo às regras jurídicas, de acordo com a professora Maria Helena Diniz prende-se ao fato de que as operações técnicas do direito encerram “determinação da existência da norma jurídica no espaço e no tempo, pelo órgão”.<sup>436</sup> Tanto que

De fato, com a positivação cresce a disponibilidade temporal do direito, adaptada a prováveis necessidades de futuras revisões, institucionalizando a mudança e a adaptação através de procedimentos cambiáveis, conforma as diferentes situações,

---

<sup>432</sup> IDEM, p. 33.

<sup>433</sup> IDEM, p. 33.

<sup>434</sup> IDEM, p. 34.

<sup>435</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1998**. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 195.

proibindo, possibilitando com isso um alto grau de pormenorização dos comportamentos como juridificáveis, não dependendo mais, o caráter jurídico das situações, de algo que sempre tenha sido direito. O direito transforma-se num instrumento da modificação planificada da realidade, abarcando-a nos seus mínimos aspectos. Ora, com isto surgem as condições para a colocação do problema jurídico, da possibilidade ou não de haver conflitos normativos e da existência ou não de situações pertencentes ao âmbito do não-jurídico.<sup>437</sup>

De ver-se, pois, que a submissão do tempo ao direito é condição indispensável para a otimização jurídica, seja em sua artificiosidade ou em sua cientificidade. Afinal de contas, questões como as de vacância, vigência, eficiência, segurança e celeridade jurídicas, não podem ser tratadas senão no âmbito da epistemologia jurídica. Quando mais aquelas relacionadas com a conflituosidade, revogação e repristinação das normas.

Pode-se raciocinar, com Marcel Conche, que o dilema do tempo passa por sua caracterização, pois, na verdade, em tudo o que tenham pretendido sobre o tempo só alcançou algum êxito quem partiu dos eventos – no mais amplo sentido – que nele se movimentam ou estabilizam. Infinitude ou finitude, movimento ou estabilidade, tudo enfim, que se afirmou sobre o tempo ocorreu com base nas características do que está no tempo, do seu conteúdo, que, paradoxalmente, com ele não pode ser confundido. “A única distinção que é essencial ao tempo é a do passado, do presente e do futuro”,<sup>438</sup> afirma Conche. Ainda assim, é possível concluir, trata-se de uma distinção relacional do que o tempo é com algo de que não se trata.

Considerar o tempo em sua abstração, teoricamente, é tão repousante quanto insignificante, tanto que as dificuldades enfrentadas por quem se debruçar sobre ele não residem em apreender o tempo em si – afinal de contas as metáforas estão para solucionar questões do tipo – mas para compreender plenamente as suas dimensões práticas. Tanto é assim que os da física, partindo de Einstein e estacionando em Roger Penrose ou em Stephen Hawking, sempre se debatem tentando uma compreensão não do tempo, mas de um tempo físico, ou, se preferirmos, dos elementos físicos enquanto conteúdos do tempo. Teoricamente, o

---

<sup>436</sup> DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 12.

<sup>437</sup> DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 12.

problema é resolvido; na prática, os resultados não correspondem. Não é por outro motivo que Hawking se expressou recentemente, ao que parece entre irônico e esperançoso, embora tratando de assunto tão academicamente sério.

É difícil especular abertamente sobre *as viagens* do tempo. Corre-se o risco ou de provocar um protesto contra o desperdício de dinheiro público em algo tão ridículo, ou de receber uma solicitação de que a pesquisa seja secreta para fins militares. Afinal, como poderíamos nos proteger de alguém com uma máquina do tempo? Essa pessoa poderia mudar a história e dominar o mundo. Poucos cientistas são imprudentes o suficiente para trabalhar em um tema tão politicamente incorreto nos círculos da física. Nós disfarçamos o fato usando termos técnicos que são um código para as viagens no tempo.<sup>439</sup>

Perseguindo uma base fundamental do tempo, Penrose indica como tal as singularidades nuas, isto é, elementos sem qualquer relação externa. Logo em seguida, deixa escapar que “Relacionada a essa questão está o que se chama de *censura cósmica*, isto é, a hipótese em que essas singularidades nuas não ocorrem”.<sup>440</sup> Se pudéssemos simplificar, diríamos que as singularidades do tempo existem, mas não ocorrem, ao menos por enquanto, pois não se chegou ainda ao domínio da antimatéria, muito embora a física quântica já ter chegado à subpartícula paralela e correspondente, negativamente, às partículas subatômicas (como por exemplo os antielétrons e os antipósitrons).

Sobre o enigma do tempo, Paul Davies bem pode, momentaneamente, ter encontrado uma solução para o impasse dos físicos, narrando:

Quando eu era criança, muitas vezes ficava acordado na cama à noite, temeroso de algum evento desagradável no dia seguinte, tal como uma visita ao dentista, e desejava que pudesse apertar algum tipo de botão que tivesse o efeito de, instantaneamente, transportar-me para 24 horas mais tarde. Na noite seguinte, eu me perguntava se aquele botão mágico era de fato real e se o truque realmente funcionara. Afinal *eram* 24 horas mais tarde e, embora eu pudesse me lembrar da visita ao dentista, ela era apenas àquela altura uma *memória* de uma experiência, e não uma experiência. Outro botão também me fazia retroceder no tempo, é claro. Esse botão restauraria meu estado cerebral e memória do que foram naquela data

---

<sup>438</sup> CONCHE, Marcel. **Orientação filosófica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 180.

<sup>439</sup> HAWKING, Stephen. **O universo numa casca de noz**. São Paulo: Mandarin, 2001, p. 133.

<sup>440</sup> HAWKING, Stephen; PENROSE, Roger. **A natureza do espaço e do tempo**. Campinas: Papyrus, 1997, p. 39.



anterior. Um toque no botão, e eu poderia estar de volta à minha infância, experimentando *de novo, pela primeira vez*, meu quarto aniversário. Com esses botões, desapareceria a sequência ordeira de eventos que aparentemente constitui minha vida. Eu poderia simplesmente saltar para lá e para cá aleatoriamente, recuando e avançando no tempo, rapidamente fugindo de quaisquer episódios desagradáveis, freqüentemente repetindo os momentos agradáveis, sempre evitando a morte, é claro, e continuando *ad infinitum*. Eu não teria nenhuma impressão subjetiva de aleatoriedade, pois em cada estágio o estado de meu cérebro codificaria uma sequência coerente de eventos.<sup>441</sup>

Ao lado de tais informações, não custa nada e se mostra prazeroso e indispensável chegar a Roberto de Aguiar, para quem

O tempo é o enigma tantálico que transparece, como pano de fundo, em todas as manifestações e pensamentos humanos. Ele é existencial, social, cósmico e orgânico. Ora linear, circular, espiralado, pontual, processual, regular, irregular, finito, infinito, duração; ora um mero constructo cultural sem significação. A tematização do tempo parte da própria condição humana: momento de consciência entre dois mistérios – o do nascimento e o da morte –, um momento de tempo existencial entre dois extremos de não-tempo.<sup>442</sup>

Reencontra-se uma concepção clássica do tempo plural, infinito não por sua própria infinitude, mas pela infinita multiplicidade do que forma o seu conteúdo. A origem e a evolução do universo (teogonia), bem assim a sua estrutura (cosmologia) serve para indicar que o tempo é infinitamente múltiplo, dada a multiplicidade incontável dos elementos do universo. Não é por outro sentido que o tempo, inclusive do direito, deve ser chamado temporalidade, nisto concordando Márcia Kersten.<sup>443</sup>

O tempo múltiplo e infinito, tanto quanto for de infinita multiplicidade os elementos que nele ocorrem, ou nos quais ele incide, refoge à situação caótica da desordenação por contar, como lembra Norbert Elias, com os homens como centro de suas perspectivas, e capazes “de identificar em sua memória acontecimentos passados, e de construir mentalmente uma imagem que os associe a outros

---

<sup>441</sup> DAVIES, Paul. **O enigma do tempo**: a revolução iniciada por Einstein. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999, p. 50.

<sup>442</sup> AGUIAR, Roberto A. R. de. **Os filhos da flecha do tempo**: pertinências e rupturas. Brasília: Letraviva, 2000, p. 77.

<sup>443</sup> KERSTEN, Márcia Scholz de Andrade. Tempo e temporalidade. In: **Revista de ciências humanas**. N° 9. Curitiba: UFPR, 2001, pp. 57-58.

acontecimentos mais recentes, ou que estejam em curso”,<sup>444</sup> ou seja, “capazes de elaborar uma imagem mental em que eventos sucessivos, A, B e C, estejam presentes em conjunto, embora sejam claramente reconhecidos como não simultâneos”.<sup>445</sup> Com isto, cai por terra a unidirecionalidade do tempo, superando-se a irreversibilidade da direção causa e evento.

Walter Rehfeld atenta para o fato de que, ao ponto presente, vem-se somente do passado, e que dele somente vai-se em direção ao futuro e, em seguida, questiona o elemento subjetivo da temporalidade presente, concluindo por sua inextensividade. Sugere então a substituição da noção de presente pela de uma posição qualquer na sequência temporal pois, no seu exato acontecer, cada um dos pontos que formam a sequência temporal foi e será um momento presente, uma contemporaneidade. Com a substituição, a experiência humana vivenciará, quando pretender, uma contemporaneidade já passada ou ainda por vir, do que “todos os instantes tornar-se-iam momento do presente”<sup>446</sup> e “este presente não representaria mais um momento destacado da sequência temporal, por englobá-la toda”.<sup>447</sup>

A relatividade do movimento que a partir de Einstein<sup>448</sup> foi esclarecida como a possibilidade de repouso de qualquer um dos termos relacionados também serve para justificar a possibilidade de alteração do direcionamento do movimento temporal, não como simples inversão direcional, vindo do futuro ao presente e indo deste ao passado, mas no estabelecimento de uma presentalidade para um ponto de ambas as escalas do tempo, tanto do passado como do futuro. A isto deve-se chamar reversibilidade do tempo, possível em algumas temporalidades, dentre elas a jurídica. Vejamos melhor.

Aceitando-se como possível, em um dado momento (presente), uma equivalência com um ponto do passado (postecipando-o) ou do futuro (antecipando-o), o tempo, nestas condições, abdica da linearidade em direção tanto do futuro como, inversamente, do passado, vindo ao presente tanto os momentos já

---

<sup>444</sup> ELIAS, Norbert. **Sobre o tempo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 33.

<sup>445</sup> IDEM, p. 33.

<sup>446</sup> REHFELD, Walter I. **Tempo e religião**: a experiência do homem bíblico. São Paulo: Perspectiva/USP, 1988, p. 59.

<sup>447</sup> IDEM, p. 59.

<sup>448</sup> EINSTEIN, Albert. **A teoria da relatividade especial e geral**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

decorridos como os ainda por acontecer. Nestas condições, o tempo se liberta da cronologia e assimila uma cronometria que dele se limita a medição.

Compreendendo o tempo na significância dos eventos nele contidos, então é possível falar, como espécie de tempo social, em tempo jurídico, aquele formado com elementos do fenômeno dimensionado pelo direito.

Como exposto na cláusula *tempus regit actus*,<sup>449</sup> o tempo jurídico – ou tempo com base no direito – também privilegia o unidirecionamento da flecha que simboliza, sempre na direção do futuro, tanto proibindo que a regra do direito retroaja para atingir fato pretérito (irretroatividade da norma) como impedindo que um fato seja alcançado por lei posterior (anterioridade da norma jurídica). Na primeira hipótese, o unidirecionamento do passado para o presente; na segunda, do presente para o futuro. Ao consignar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”,<sup>450</sup> e que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”,<sup>451</sup> o sistema brasileiro toma como regra uma linearidade futura para a temporalidade do direito, firmando-se, fundamentalmente, na irretroatividade da regra de direito e na irretrospecção do fato jurídico.

Existem hipóteses em que, em nosso sistema, o direcionamento futurista do tempo jurídico se inverte para permitir que a lei retroaja, como também que o fato jurídico de ocorrência diferida seja alcançado por norma postecipada. Vejam-se que os exemplos seguintes, com um “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”,<sup>452</sup> permite que a norma posterior retroaja para alcançar fato anterior à sua vigência, se de sua retroação possa beneficiar-se o réu; “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização”,<sup>453</sup> postecipa-se a regra proibitiva da extradição, do momento do crime para alcançar o ato de naturalização, de ocorrência diferida.

---

<sup>449</sup> Significando que a natureza do fato jurídico dependerá do que dele se compreenda no momento de sua ocorrência.

<sup>450</sup> Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXVI. In: BRASIL. **Vade Mecum acadêmico-forense**. São Paulo: Vértice, 2005, p. 33.

<sup>451</sup> IDEM, p. 33.

<sup>452</sup> IDEM, p. 33.

<sup>453</sup> IDEM, p. 33.

Trata-se, como se vê, de hipóteses em que ocorre inversão no direcionamento do tempo, somente dito reversibilidade se indiferente ao rigor terminológico, ou sem preocupações com o repouso teórico de questão tão relevante.

Enquanto inversão significa mudança de sentido ou ordem para um curso diametralmente contrário ao seu curso ou ordem natural, sabe-se que reverso significa situação “Que está na parte posterior ou contrária àquela que se observa”.<sup>454</sup> Destarte, reversibilidade significa “A característica de um processo no qual em todos os estágios o sistema se encontra num estado de quase equilíbrio”.<sup>455</sup>

Dizer-se da reversibilidade do tempo jurídico é atribuir presentalidade aos seus eventos já não (passado) ou ainda não (futuro) presente, ficando o presente como reverso tanto do passado como do futuro. Se o passado, por não mais ser, e o futuro, por ainda não ser, são motivos para tormentas jurídicas, a sua reversão para o presente, a presentalidade de ambos, traduz-se em elemento do seu reequilibrar-se.

Imerso na dogmática do *civil law*,<sup>456</sup> o sistema brasileiro resiste bravamente ao que se encontra fora de suas propostas, modos que entre nós não há justificação que não seja pelas regras postas, ou, no máximo, por argumentos vanguardistas e *de lege ferenda*.<sup>457</sup> Se já no sistema, repouso geral; pretensão à sua inserção, debates renhidos.

Considerar o passado como presente, podem ser encontradas, no sistema brasileiro em situações jurídicas como as do caso fortuito e da força maior, que denegam as condições pretéritas da cláusula *pacta sunt servanda*,<sup>458</sup> em favor da cláusula *rebus sic stantibus*.<sup>459</sup> A reversão de situações futuras pode ser

---

<sup>454</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário de língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p.

<sup>455</sup> IDEM, pp. 965 e 1505.

<sup>456</sup> O sistema *civil law*, de origem romano-germânica, não abraça o casuísmo do sistema *common law*. Veja-se, a respeito, a obra de Guido Fernando Silva SOARES (**Common law**: introdução ao direito nos EUA. São Paulo: RT, 1999, pp. 25 *et sequens*).

<sup>457</sup> Com o significado de *a depender de previsão legal posterior*.

<sup>458</sup> Que privilegia a autonomia da vontade das partes contratantes.

<sup>459</sup> Que não sustenta situação contratada, quando sobrevier situação inesperada onerando excessivamente a obrigação em desfavor a uma das partes contratantes.

exemplificada na liminar antecipatória que, no presente, obriga o cumprimento de obrigação a ser confirmada futuramente.

Não se mostra exagerado, no atualizar de situações jurídicas passadas, em modos de otimização da reversibilidade do tempo jurídico, como por exemplo imprimir maior plasticidade ao mito da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e, sobretudo, do direito adquirido. Por não estar objetivado no desejo humano, a sua atualização se mostra, na prática, de pouca significação. A reversibilidade jurídica de fato futuro, ao contrário, é assaz ambicionado, desperta enorme interesse.

O sistema jurídico brasileiro, notadamente a sua instrumentalidade, tem se esmerado na busca de maior reversibilidade do tempo jurídico, podendo ser citada, por exemplo, a técnica da sumarização. Da cognição, que se satisfaz com juízos de evidência verossímil; do procedimento, que promove o condensamento de práticas para um dado instante processual; da demonstração, que permite a rarefação probatória nas ações mandamentais. Outro exemplo interessante é o de constituição prévia e presumida da prestação jurisdicional *secundum eventus defensionis*,<sup>460</sup> tratado na tutela monitória.

Curiosamente, a reversibilidade do tempo jurídico em direção ao passado tem sido pelas marcas e lembranças deixadas, menos dificultoso em relação à sua reversibilidade em direção a um futuro já que, por maiores indícios que se tenha, não sai da expectativa ideal. Entretanto, ambiciona-se mais – em muito – a reversibilidade do tempo jurídico direcionado ao futuro.

---

<sup>460</sup> Na dependência de ser e dos termos em que forem opostas as exceções defensivas do acionado judicialmente.

### **Capítulo III – POLITICIDADE JURÍDICA**

#### **3. 1. Pensamento político, direito natural e direito estatal**

Após comparações com a fase decadente do império romano, Richard Sennett admite, na convivência atual do povo ocidental, uma espécie de desequilíbrio entre vida pública e vida privada, afastando-se aquela do seu dimensionamento material. É neste sentido que

Hoje, a vida pública também se tornou questão de obrigação formal. A maioria dos cidadãos aborda suas negociações com o Estado com um espírito de aquiescência resignada, mas essa debilitação pública tem um alcance mais amplo do que as transações políticas. (...). A diferença entre o passado romano e o presente moderno reside na alternativa, no significado da privacidade. O romano privadamente buscava um outro princípio para contrapor ao público, um princípio baseado na transcendência religiosa do mundo. Privadamente buscamos não tanto um princípio, mas uma reflexão, a saber, o que são nossas psiques, ou o que autêntico em nossos

sentimentos. Temos tentado tornar o fato de estarmos em privacidade, a sós ou com a família e amigos íntimos, um fim em si mesmo.<sup>461</sup>

Nelson Saldanha busca na metáfora do jardim e da praça uma necessária ida às vidas pública e privada, não como elementos dicotômicos de uma convivência estanque, sim como postulação à idéia principiológica de que, tanto no sentido público como na dimensão privada, o homem convive formal e materialmente, porquanto, em suas diversas caracterizações, a convivência humana suscita uma prática tangencial do público com o privado, já que “O sentido de tudo isso é o seguinte: somos socialmente uma imagem, que é a projeção do ser real através de expletivos destinados a fixar na dimensão pública os caracteres da individualidade”.<sup>462</sup> Para o professor Nelson Saldanha, o jardim, apesar de não se incluir no âmbito da edificação da residência (privado), à mesma se integra, incluindo-se no seu conjunto. Identicamente a praça, apesar de constituir-se em um conjunto de elementos formadores da cidade (público), identifica-se como uma espécie de clareira distanciável das edificações que formam a polis. Em ambos, jardim e praça, privado e público, encontram-se em porções retidas da natureza ou aspecto nela abertos dela.<sup>463</sup>

Percebendo que “nem toda falta de liberdade é sentida e vivida como opressiva”,<sup>464</sup> vez que, freqüentemente, “a obediência a regras e comandos que os atores não formularam nem escolheram não são causa nem aflição nem lamento”,<sup>465</sup> Zygmunt Bauman sugere os meios de ação como busca política para o encontro entre o público e o privado. Para tanto, indica uma desconstrução política<sup>466</sup> possibilitadora de sua legitimidade (material) a partir do que será possível pensar em uma agenda de opções<sup>467</sup> e em um código de escolha.<sup>468</sup> Novamente o tempo, o tempo político. Ou, no que prefere Pierre Clastres, um indagar histórico acerca da

---

<sup>461</sup> SENNETT, Richard. **O declínio do homem público**: as tiranias da intimidade. São Paulo: Companhia de Letras, 1988, pp. 15-16.

<sup>462</sup> SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: o público e o privado na vida social e histórica. São Paulo: EDUSP, 1993, p. 33.

<sup>463</sup> SALDANHA, Nelson. Ob. cit., p. 14.

<sup>464</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 85.

<sup>465</sup> IDEM, p. 85.

<sup>466</sup> Como modo de busca das origens, dos fundamentos, das fontes históricas.

<sup>467</sup> Algo próximo da *facticidade*, na abordagem feita por Jürgen HABERMAS (**Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 (2 volumes).

<sup>468</sup> No sentido de *capacitação política* para a antecipação do fenômeno objetivado.

origem do Estado, desde sua inexistência nas sociedades primitivas até a sua consolidação teórica.<sup>469</sup>

Na mesma linha do indicado por Clastres, Miguel Abensour atualiza o critério de que a relação de dominação advinda com o aparecimento do Estado demanda uma sociedade dividida em classes antagônicas e interligada por relação de exploração, para, indo além da necessidade da sociedade preceder à estrutura estatal, firmar uma relação política democrática onde a própria democracia se pusesse contra o Estado totalitário, fazendo com que este avance da caracterização particularizante para a abrangência do Estado político (ou politizado) que se compraz com uma saída do natural para o político, temporalizando (historicizando), portanto, a sociedade em relação ao Estado. Ou o próprio Estado, se o puder considerar como elemento da constituição política da sociedade. Tanto é que “a idéia republicana está ligada a uma assunção do tempo, e ainda a idéia de um agir humano que, desdobrando-se no tempo, trabalha efetivamente para separar a ordem política da ordem natural”. Eis que necessária uma espécie de inteligência política, de um pensamento político, como gênese do direito, sem começo e sem fundamento, já que

A inteligência política é *princípio*, no duplo sentido de começo e de fundamento; ela é alma organizadora. A inteligência política designa a nova faculdade a que corresponde a revolução copernicana em política: ela define o pólo em torno do qual devem girar os objetos que o legislador encontra, o horizonte de sentido a partir do qual convém compreendê-los e lhes dar forma.<sup>470</sup>

Trata-se, em verdade, de uma transubstanciação política que democraticamente imponha ao Estado função de mediadora entre o homem e sua liberdade, por ação transformadora dos problemas e questões que agitam e dividem a sociedade civil, é dizer, notadamente as suas regras de convivência. Inclusive, e, sobretudo, o direito.

---

<sup>469</sup> CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**: pesquisa de antropologia política. São Paulo: Cosac & Naify, 2003, pp. 236 *passim*.

<sup>470</sup> ABENSOUR, Miguel. **A democracia contra o Estado**: Marx e o momento maquiaveliano. Belo Horizonte: UFMG, 1998, p. 44.



Não se cuida, ao que parece, de atribuir sentido utópico à política, mas de ir à gênese do seu pensamento, a partir do que nem a sociedade (Pierre Clastres), nem a democracia (Miguel Abensour) se põe contra, mas em face do Estado, já que, geneticamente (fundamentalmente) é possível pensar a política em pelo menos dois sentidos:

(...) se o político pode ser pensado com referência à relação dominação-servidão, o mal político, sendo a dominação do homem pelo homem, ele é, entretanto, pensado como irreduzível apenas quanto à dominação, porque o que está em jogo, o que se torna questão no e pelo político é a prática dos homens de um viver-junto segundo as exigências da liberdade, da vontade livre.<sup>471</sup>

Vê-se, ainda, que a gênese política suscita uma visão prática da democracia, ou seja, de sua temporalidade, pelo fato de que “Um povo que exclui o tempo de sua metafísica (...) *exclui também, logicamente, o tempo de sua política* e diviniza o princípio de estabilidade, contrário ao direito, à razão e à história”.<sup>472</sup>

O problema não é, portanto, de percorrer historicamente as idéias politicamente elaboradas, nem exigir outras tantas potencialmente elaboráveis. Ao que se vê, muito mais de verificar que tudo perpassa e é perpassado por questões como pessoa, sociedade e Estado. Ou melhor: política das pessoas, política da sociedade e política estatal. Na primeira hipótese, a proposta liberal das políticas privadas; na segunda a noção de comunidade política; por último a formulação política do poder.

Não se tem em conta, portanto, uma busca de rumos políticos para a solução de problemas. Nem de fixar conceito para a política. Cuida-se, conforme expõe Max Weber, de uma vocação para a justificação de uma sociedade que teve, tem e possivelmente continuará tendo essa tendência de dominação interna, embora isto não constitua “de jeito nenhum, em país algum, a única figura determinante do empreendimento político e da luta pelo poder”.<sup>473</sup> Mas, forçoso reconhecer, presente desde a origem do pensamento político. Claro que, neste sentido, pode-se realçar o

---

<sup>471</sup> FEUERBACH, Ludwig. Teses provisórias para a reforma da filosofia. Apud: ABENSOUR, Miguel. Ob. cit., p. 87.

<sup>472</sup> ABENSOUR, Miguel. Ob. cit., p. 87.

<sup>473</sup> WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 63.

academismo weberiano<sup>474</sup> que, sem uma reclamada vivência pessoal ou observada da atitude sócio-política, dificulta uma ida à gênese daquilo que, em política, se caracteriza como algo que se foi por experiência própria.

Designando coisas diferentes entre si, o direito, pode-se afirmá-lo analógico. Em termos de quantificação, provavelmente discreto,<sup>475</sup> por sua conotação discursiva, embora ensejando combinações lógicas infinitesimais. Melhor será, acreditam tantos quantos enxergam o estágio científico contingencial, e, necessariamente, compreendido pelo e a partir do senso comum,<sup>476</sup> uma espécie de institucionalização a partir do não-estruturado.

Admitindo que a instituição é um processo, José Fernando de Castro Farias afirma que “O processo institucional, no qual o direito se inscreve, revela-se através de uma dialética entre os elementos estruturados e os não-estruturados”.<sup>477</sup> Pode-se dizer, por outras palavras, que a teoria (concepção estruturada) se apóia no senso comum (percepção não-estruturada). Partindo disto, continua Castro Farias,

Há uma complementaridade entre esses dois elementos. Os elementos não estruturados, as formas de sociabilidade em particular e certas camadas da realidade social aparecem mais móveis que as unidades coletivas estruturadas. As próprias estruturas só podem viver através de uma dialética contínua entre o movimento, a ação e a obra. As qualidades estruturantes formam o conjunto daquilo que podemos chamar de *direito emergente*, ou seja, o direito que nasce espontaneamente no meio social, constatável empiricamente, sem ser dedutível logicamente. Esse *direito emergente* age sobre o *direito oficial*. Podemos imaginar como determinadas práticas jurídicas, que só existem no nível do *direito emergente*, podem agir sobre as *práticas jurídicas oficiais* no sentido de permitir o desenvolvimento do direito como um todo.<sup>478</sup>

Nestes termos, pode-se falar, ainda por Castro Farias,<sup>479</sup> em duas instâncias temporais do direito: aquela caracterizada por uma noção de tempo

---

<sup>474</sup> Vê-se isto em Valmireh CHACON (Max Weber: a crise da ciência e da política. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988).

<sup>475</sup> No dizer de ARISTÓTELES (*Órganon*. Bauru: EDIPRO, 2005, pp. 49-50), a quantidade pode ser discreta ou contínua, dentre aquelas o discurso, “desde que por discurso se entenda a palavra falada”, isto pelo fato de, em sua combinação silábica, “o discurso é uma quantidade evidente cujas partes não possuem limite algum”.

<sup>476</sup> Provocado por um *Senhor Krug*, eis que Georg Wilhelm Friedrich HEGEL (*Como o senso comum compreende a filosofia*. São Paulo: Paz e Terra, 1995) buscou fugir da concepção kantiana de coisa-em-si, indo a uma necessária elucidação do real a partir do senso comum.

<sup>477</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, política e direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 246.

<sup>478</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. Ob. cit., p. 246.

<sup>479</sup> IDEM, p. 247.

presente, em que o direito já é, algo definido em sua atualidade; ou aquela postulada por um tempo ainda não presente, portanto uma potencialidade existencial, ou, algo ainda não existente, mas com possibilidade de vir-a-ser. Naquela, a estática, nesta a dinâmica jurídica. Naquela o direito já existindo, nesta a origem temporal do direito. Ambas entrelaçando-se em cooperação indispensável ao direito instituído, originando-se na chamada crítica jurídica (dinâmica). Assim, tanto para a criação como para a recriação do direito. De Castro Farias, a noção de que

A duração de uma estrutura jurídica não está nunca em repouso, ela está sempre num permanente combate provocado pela multiplicidade de tempos jurídicos, em que o tempo na sua totalidade é feito simultaneamente de “períodos críticos” e de “períodos instituídos”. A dinâmica do direito na sociedade contemporânea se faz sempre dentro de um processo de criação e de recriação de um mundo novo.<sup>480</sup>

Também de um direito novo. Ou do próprio direito, partindo do senso comum, ou do ainda-não do direito enquanto concepção teórico-jurídica caminhando na direção de sua consecução existencial. Para Mário Bigotte Chorão, o direito, como referência jurídica, deve “acudir ao testemunho do conhecimento vulgar acerca dele e observar a experiência científica e prática dos juristas”.<sup>481</sup> Na experiência dos juristas, uma sensação teológica do direito já existindo; no conhecimento vulgar, um *ainda-não* que propugna por um direito justo (*dikaion*).

A dificuldade de se admitir a origem vulgar do direito é a sua aproximação inexorável com a noção de direito natural. Entretanto, deste se difere por não postular a existência de norma acima da vontade humana, submetendo o poder estabelecido e dando origem e fundamento do direito positivo, refugiando-se no que, sem muito rigor, pode-se chamar política do direito. Não aquela confundida com política legislativa, mas, sobretudo, a que justifica (sociológica, psicológica, econômica e/ou historicamente) o direito.

A política do direito representa a encruzilhada em que se encontram a política e o direito (e as respectivas ciências), pois nela se correlacionam, como se viu, os fins da comunidade (v. g., da *polis*) e os meios jurídicos da sua consecução, e se examinam os factores axiológicos em função dos quais o poder formula as suas opções

---

<sup>480</sup> IDEM, p. 247.

<sup>481</sup> CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra: Almedina, 1986, p. 30.

normativas. Como toda a política, a política do direito é arte do possível (M. Rehbinder), que se centra na “prudência das valorações concretas (M. Reale)”.<sup>482</sup>

Outro problema que de tal emerge é aquele de dizer-se de há muito superado o saber vulgar como categoria considerável, o que, para Eduardo Bittar e Guilherme Almeida constitui grande perda.

Isso porque a filosofia e a ciência passam a irmanar-se no exercício de uma prática que recai sempre sobre o mesmo auditório de interessados, ou seja, constroem-se conceitos e inova-se em conhecimentos, direcionando-se esses aperfeiçoamentos para um conjunto de conhecedores da matéria sobre a qual versa. Há nisso certa mentalidade elitista e antidemocrática mascaradas na pretensa distância do saber vulgar com relação aos saberes científico e filosófico, em parte, por culpa dos próprios cientistas e filósofos.<sup>483</sup>

Em torno disto, prosseguem mencionados jusfilósofos:

Ciência e filosofia são úteis, mas são feitas por humanos e para humanos, devendo contribuir nessa mesma medida da humanidade, em face da relatividade que a todos caracteriza. Todavia, em verdade, o que tanto ciência como filosofia querem tratar são assuntos de interesse de todos, a saber: como curar o câncer?, ou, ainda, o que fazer para prevenir a gastrite? (ciência); por que as coisas existem?, ou, ainda, qual o destino de todo homem? (filosofia). É desse infantilismo que surge todo o pensar racional, de modo que toda a origem do conhecimento dá-se apoiada em experiências humanas de senso comum; deve-se grifar o fato de que o saber vulgar, seguido da estupefação e pelo desejo de saber, é a matriz de todo conhecimento científico ou filosófico.<sup>484</sup>

Portanto, encontra-se o surgimento do direito, sob tal enfoque, com a gênese do pensamento político. Ambos na sociedade, no conhecimento vulgar, no senso comum. É este, no dizer de Hegel, que compreende<sup>485</sup> a filosofia. De resto a ciência, a ciência do direito.

A postura atual dos epistemólogos (se é que existe tal postura definida, nesta era de incertezas, de passagem paradigmática) indicando o discurso como

---

<sup>482</sup> CHORÃO, Mário Bigotte. Ob. cit., p. 273.

<sup>483</sup> BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 35.

<sup>484</sup> IDEM, p. 35.

<sup>485</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. (Ob. cit.). *Compreender*, no sentido de abranger, dando origem, suporte, repouso.

elemento básico do conhecimento começa a enfrentar problemas de configuração, notadamente no que se refere àquelas faixas ditas inexprimíveis da experiência humana. É exatamente a partir deste problema que são retomadas duas discussões históricas, a da mitologização e a do ceticismo. Em ambos os casos o mal-estar se faz presente, notadamente para quem está buscando alternativas a um projeto como o da modernidade, que suscita todo tipo de questionamento.

Outra opção que se mostra interessante é a reavaliação de revoluções anteriores, inclusive e sobretudo aquela de saída do estado de natureza para a politização.<sup>486</sup> Assim também com relação ao direito, a ponto de Giorgio Del Vecchio, após suscitar críticas às posições anteriores (ceticismo, teologismo e utilitarismo jurídicos), dizer que “Resta-nos agora o recurso de atendermos à natureza humana – isto é, procurarmos na própria consciência do homem o fundamento último do direito”.<sup>487</sup>

Tal posição, diga-se de logo, não se compraz com a necessidade humana de procura do fundamento absoluto das coisas a partir de um ponto relativamente exprimível – a consciência – mediante postura reescaladamente pragmática, um neopragmatismo. Diz-se assim pelo fato de, embora parte do empirismo epistemológico e do utilitarismo moral não se olvide do método causal, suscita-se uma intelectividade que agrega certo grau de liberdade ao determinismo da causalidade radical. É a subjetivação do objetivismo natural. Volta-se a Del Vecchio.

Se a consciência, considerada no primeiro ponto de vista, aparecia como algo derivado do mundo, como *accidental*, à maioria de outro qualquer fenômeno, já no segundo ponto de vista, se nos depara com outro significado; vê-se então a profunda verdade da tese oposta, em harmonia com a qual o mundo circundante se encontra essencialmente subordinada às suas determinações. Todo o nosso ser, a subjetividade em geral, que, além, quase desaparecia – mero instante fugaz e insignificante na série infinita dos fatos – aqui, pelo contrário, reafirma-se como princípio, base e condição de toda a verdade possível, como o “*lugar das idéias*”, em função do qual tudo se explica e se confirma. (...). As duas orientações, a objetiva e a subjetiva, são como que dois pólos para onde as teorias filosóficas se orientam,

---

<sup>486</sup> Sem retornar ao estado pré-social, como Jean-Jacques ROUSSEAU (**Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 1993) entendeu necessário para compreender as desigualdades e contrastar os estados naturais e civilizado do homem.

conduzindo a certa explicação ou compreensão do mundo. Se ambas são teoricamente legítimas, a última é, além disso, praticamente admissível e necessária. Pois esta é a única que satisfaz aquela ciência, cujo objeto é a apreciação e a norma do operar. Só a referência à subjetividade, a redução do mundo a termos de uma criação e emanação do “eu”, condicionam a possibilidade de um fundamento para a Moral e para a Filosofia do Direito.<sup>488</sup>

A despeito do relativo pessimismo que marca os estudos acerca da passagem do estado de natureza para o civilizado,<sup>489</sup> tal perspectiva serve para compreender a necessidade de ordenação política (poder) e para justificar – ou pelo menos explicar – a questão da igualdade ou da desigualdade, da liberdade ou do determinismo. Segundo pensa Giuseppe Duso,

O conceito de liberdade entendido como falta de obstáculos e como dependência de cada um da sua própria vontade não é negado, mas realizado pelo conceito de poder. Só este, de fato, pode livrar os homens das tentativas recíprocas de submissão e pode substituir a idéia de homens que conduzem e governam outros homens pela idéia de um espaço garantido e defendido em que cada um busca livremente o que considera o seu bem, com o único vínculo de não lesar o direito igual dos outros.<sup>490</sup>

No sentido jurídico, uma naturalidade para o direito positivo, vale dizer, o reconhecimento de uma necessária qualidade naturalista para o direito posto, tendência reconstrutivista como opção de fuga ao desconstrutivismo de nadificação (nihilismo) e desordenação (caótico). Para Del Vecchio,

Qualquer aglomerado social supõe, necessariamente, a forma do Direito. Donde se segue que qualquer sociedade tem, por definição, um direito privativo, o qual também é positivo na medida em que é historicamente afirmado e atuado, como expressão e efeito duma força social preponderante. Este direito positivo é certamente *natural*, se dermos à palavra o primeiro dos sentidos que atribuímos ao vocábulo “natureza”; *natural* enquanto determinado, na ordem das causas, pelos seus antecedentes históricos e fenomênicos. O direito positivo é um dado da experiência, e, enquanto

---

<sup>487</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 558.

<sup>488</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. Ob. cit., pp. 566-567.

<sup>489</sup> Tanto pela aceitação hobbesiana de conflituosidade perene como pela ausência de autoridade ou pela univocidade de poder, conforme adverte Giuseppe DUSO (**O poder**: história da filosofia política moderna. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 114).

<sup>490</sup> DUSO, Giuseppe. Ob. cit., p. 115.

tal, pode ser compreendido e explicado como fenômeno natural, coerentemente inserto na série dos outros fatos da natureza.<sup>491</sup>

A resistência na aceitação de uma qualidade tal ao direito parece mesmo decorrer do fato de que, de um lado, nos naturalistas clássicos incorrer-se em um fisicalismo como elemento unicamente identificador da natureza, uma realidade fenomênica, enquanto, de outro, os positivistas não deixando margem para que um critério teórico acerca da natureza invada o positivismo como ideal de sua desejável dinamicidade. Ou seja: ao contrário de enxergar no direito natural a sua característica valorativa (explicativa), os jusnaturalistas tradicionais se apegaram ao critério histórico que, pela via determinista, escora a história na pré-história, a partir do que, tudo o mais não passaria de ordenação temporal, sucessão experimental.

Destarte, a mitologia do passado ideal, tão característica da escola jusnaturalista. E foi tal mitologia que contribuiu para o seu descrédito. Enquanto isto, os juspositivistas negando o direito natural, ideal, simplesmente pelo fato dele não se consagrar faticamente.

Tendo o direito não uma dimensão teleológica, como apressadamente propõe Paulo Lopo Saraiva,<sup>492</sup> mas uma dupla caracterização, dita estática (direito posto, ou, sem muito rigor, direito dogmático) e dinâmica, a sua positivação o qualifica estaticamente como ato, enquanto que a sua naturalização o coloca sob questionamento, base para uma crítica ao direito posto, pressuposto para uma potencialidade jurídica do direito ideal, desejável, assim pelo método dito máxima adequação, que, ainda conforma Del Vecchio, “permite abranger de qualquer modo a realidade material, mesmo quando extravase das normas rigorosamente fixadas e

---

<sup>491</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. Ob. cit., pp. 575-576.

<sup>492</sup> Paulo Lopo SARAIVA (**Direito, política e justiça na contemporaneidade**. Campinas: EDICAMP, 2002) apresenta um direito tetradimensional sugerindo a justiça como a sua quarta dimensão, denominando-a de dimensão teleológica, olvidando-se de que o termo dimensão se refere à extensão ontológica do ser, a sua compreensibilidade. Fora disto, é propor, como fê-lo Giorgio DEL VECCHIO (Ob. cit., p. 587) ser a hipótese tetradimensional “hão apenas uma aspiração puríssima por uma justiça melhor, mas também o instinto egoísta e o interesse em se furtar ao cumprimento do próprio dever. Sem dúvida um certo espírito crítico, e principalmente auto-crítico, é necessário nesta matéria; mas não deve esquecer-se que o espírito revolucionário não poucas vezes também tem abusado do nome sagrado da justiça para encobrir as mais impuras paixões e os mais inconfessáveis interesses”. Enfim, explicar, indicando a finalidade, não é o mesmo que dimensionar, caracterizar.

quando venham a faltar algum dos requisitos necessários para se produzirem os efeitos jurídicos positivos”.<sup>493</sup>

Consertando-se em sua proposta original, David Hume inscreveu apêndice ao seu *Tratado da natureza humana* para suscitar a necessidade de ser buscada a natureza da “crença que resulta da relação de causa e efeito”.<sup>494</sup> Equivale dizer que a novidade e a peculiaridade do quanto idealizado acerca da experiência é que, de fato, subordina o direito posto a uma pressuposição natural, sob pena de abdicar-se da necessária e natural relação entre a sensação e a imaginação.

*Primeiramente*, não possuímos um idéia abstrata de existência, que seja distinguível e separável da idéia de objetos particulares. É impossível, portanto, que essa idéia de existência possa ser vinculada à idéia de um objeto, ou estabelecer a diferença entre uma simples concepção e uma crença. Em *segundo lugar*, a mente tem o controle de todas as suas idéias, e pode separar, unir, misturar e transformá-las a seu bel-prazer; de modo que, se a crença consistisse meramente em uma nova idéia vinculada à concepção, os homens teriam o poder de acreditar naquilo que quisessem. Concluimos, portanto, que a crença consiste unicamente em uma certa sensação ou sentimento; em algo que não depende da vontade, devendo, antes, resultar de certas causas e princípios determinados, que estão fora de nosso controle.<sup>495</sup>

Mesmo assim, a visão naturalista do direito – e de resto das ciências sociais em geral – sempre deixa porta entreaberta por onde o particularismo se arvora definidor das possibilidades humanas universais, denunciador de involuções, tanto por dificultar uma progressividade desejável como por estacionar, e, até mesmo, corromper o nível já alcançado.

Tentou-se, a par disto, uma espécie de acomodação da proposta naturalista com a etiologia, notadamente no sentido que lhe deu Stuart Mill de particularização do caráter humano,<sup>496</sup> preponderando diante das representações

---

<sup>493</sup> DEL VECHIO, Giorgio. Ob. cit., p. 585.

<sup>493</sup> IDEM, p. 585.

<sup>493</sup> IDEM, p. 585.

<sup>494</sup> HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. São Paulo: UNESP, 2001, p. 661.

<sup>495</sup> IDEM, p. 662.

<sup>496</sup> MILL, John Stuart. **A lógica das ciências morais**. São Paulo: Iluminuras, 1999, pp. 59-72. Há também, o significado dado por WUNDT para a etiologia, de descrição dos costumes e dos significados morais.



coletivas,<sup>497</sup> tendência abandonada por psicologizar a sociologia. Outra proposta acomodativa teve pilares nas necessidades sociais, também problematizada por economicizar as relações sociais, multiplicando-se, pelas mais variadas práticas econômicas, os cursos sociais, deixando-os mercê de regras mercadológicas e desvinculadas da realidade social.

Enfim, a acomodação que decorre da proposta de institucionalização da sequência naturalista, a despeito do evidente senso de dominação que acentua. Neste aspecto, eis que para Roberto Mangabeira Unger,

Hoje a teoria social deve escolher entre duas direções. Pode continuar insistindo na acomodação às premissas naturalistas, continuando a imaginar a sociedade como a visão de uma sequência compulsória de mundos sociais possíveis. Ao escolher esse caminho, ficamos presos numa teia cada vez mais densa de erros e desorientação (...). Ou pode rejeitar qualquer acomodação, perseguir a rota antinaturalista inicial, a rota antinaturalista do pensamento social moderno até seus limites e ver o que acontece.<sup>498</sup>

Neste último caso, Mangabeira Unger sugere apostar em algo que “não temos razão para rejeitar sem a devida consideração”,<sup>499</sup> tematizado por contextos, rotinas, contrates, variabilidades e subtematizações, cujas implicações práticas possam ser vistas como programáticas, minimizadoras do economicismo, do representacionismo e dos interesses grupais desestabilizadores. Portando, por uma via política que, na qualidade de super (ultra) teoria, ofereça-se como opção ao positivismo científico e à historiografia dita ingênua. Com isto, explica Mangabeira Unger, será possível refugir aos problemas expostos pelo que chama estruturas profundas,<sup>500</sup> notadamente pelas três modalidades práticas que a ultra-teoria enseja.

---

<sup>497</sup> Estudadas por Émile DURKHEIM (**Sociologia e filosofia**. São Paulo: Ícone, 1994, pp. 40-54), fonte do que Serge MOSCOVICI (**Representações sociais: investigações em psicologia social**. Petrópolis: Vozes, 2003), sofisticadamente, aprofundou para a idéia de representações sociais.

<sup>498</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. **Política: os textos centrais, a teoria contra o destino**. São Paulo: Boitempo, 2001, p. 51.

<sup>499</sup> IDEM, p. 87.

<sup>500</sup> Para Mangabeira UNGER (Ob. Cit., pp. 52-56), as rotinas estruturantes, a particularização generalizadora e a repetibilidade normática ensejam essas *estruturas profundas*, mediante diversidade estrutural que resulta em “perda de plausibilidade descritiva e explicativa”, é dizer: “os fatos simplesmente não se ajustam”. Ao lado disto, “encerrando-se em estruturas listadas”: Nestes termos, “a tradição da estrutura profunda se refugia no repúdio à premissa naturalista e sacrifica ao seu aparato científico grande parte de sua visão de uma ordem social como coisa feita e imaginada, e não dada”.

Primeiro, salienta Mangabeira Unger, pela necessidade de uma explicabilidade despida dos métodos afeitos às estruturas profundas. Depois, pela retomada de possibilidades antes desprezadas ou reprimidas. Por último, dada a sua evidente natureza construtiva e prescritiva.<sup>501</sup>

Com isto, a denominada presentalidade do futuro, lema da atual temporalidade, encontra espaço fértil, o espaço político. Não por outra razão, pode-se concordar em que “O ultra-teórico pode ir além da crítica e da explicação para desenvolver visões antecipatórias de formas mais ideais de vida social”.<sup>502</sup> Portanto, “*Política* segue a rota da super teoria, sem dúvidas nem timidez”.<sup>503</sup>

Günter Ellscheid deixa, na observação que faz aos dois planos do positivismo, entrada para a proposta política indicada por Mangabeira Unger, sem o que estaria o direito despido de funcionalidade. Diz ele:

A funcionalidade do todo é encarada como dependendo de dois níveis de decisão: o “nível superior”, o plano da, legislação sobre regras gerais, que é, ao mesmo tempo, o plano da política; e, em conformidade com aquelas regras, o segundo nível, o jurídico-técnico, incidindo sobre casos individuais, sendo que o segundo plano não se pode intrometer no espaço do primeiro.<sup>504</sup>

Enfrentados que estão tais problemas – direito natural *versus* direito positivo – eis que ao lado da questão relacionada com a multiplicidade teórica em sua aplicabilidade notam-se que as teorias normativas parecem mesmo servir como perspectivas estatizantes para o direito ao ensejar uma possível correção processual na medida em que (a) pautadas por fases esquematizadamente liberais e (b) possibilitadoras de escolhas otimizantes. Essas escolhas, notadamente em temas escassos como o de verificação do conteúdo do direito,<sup>505</sup> deve ter, como pano de fundo, uma positivação das ações, qualificando-as como afirmativas. Reside nisto a via estatizadora do critério pelo qual devem ser balizados os confrontos entre as propostas naturalistas e as positivistas, sem o que ficaremos na superficialidade do

---

<sup>501</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. Ob. cit., p. 102.

<sup>502</sup> IDEM, p. 102.

<sup>503</sup> IDEM, p. 104.

<sup>504</sup> ELLSCHEID, Günter. O problema do direito natural: uma orientação sistemática. In: KAUFMAN, Arthur; HASSEMEN, Winfried. (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 212.

<sup>505</sup> Gustavo AMARAL fez publicar uma boa obra tratando do assunto (**Direito, escolha e escassez**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001).

problema jurídico. Ou, pior ainda, no evidente desserviço que o denominado neoliberalismo jurídico vem prestando ao direito, tentando-o com a possibilidade privada para as relações jurídicas. Não fosse a possível estranheza do assunto em relação ao tema abordado, caberia estudo crítico acerca das denominadas vias alternativas (por exemplo, juízos arbitrais, câmaras conciliatórias etc.) com o propósito de desnudar a sua abrangência privatizante. Jurisdição de ricos entre si, ou, o que é deveras grave, destes contra os desafortunados, sempre a contento de uma temporalização caótica ou niilista em matéria de teoria jurídica.

### 3. 2. Dignidade, intuição e técnica jurídicas

Falar em universalismo é ter em mente a noção de autenticidade, englobando o orgânico e o inorgânico da fundamentalidade ontológica do ser em geral, ou ficando na investigação ôntica da completude de cada ente. É nesta dupla contextualidade (ontológica e ôntica) que o direito – como de resto todas as coisas – tende e se apresentar autenticamente, ou seja, na dignidade de ser o que é para atendimento de outras necessidades existenciais. Equivale dizer que é o cuidado<sup>506</sup> com o outro-em-si que atribui dignidade às coisas, ultrapassando, com isto, a situação-limite de sua universalidade carente de completude. No caso do direito, não é diferente, pois

É na *carência*, situação-limite, que se revela (se desoculta) o autêntico direito, aquele que supre a falta de bens materiais, corpóreos e incorpóreos e promove a igualdade pelo atendimento das necessidades vitais do ser-aí outro, constitutivamente igual ao outro. É no atender às necessidades existenciais do outro, que sofre privações nas coisas e na sua pessoa, que se revela o jurídico autêntico.<sup>507</sup>

---

<sup>506</sup> No sentido heideggeriano de cuidar de outrem como algo de si-mesmo, como, por exemplo, o direito cuida da justiça.

<sup>507</sup> MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia existencial do direito**: crítica do pensamento jurídico brasileiro. São Paulo: EDIPRO, 2000, pp. 72-73.

Jeannette Maman afirma que o modo autêntico do ser jurídico é a justiça, e esta não se confunde com o direito, já que “A justiça é o modo exigente da juridicidade, que tem raiz ontológica no cuidado e na culpabilidade do *ser-aí*”.<sup>508</sup>

Diante desta aparente dificuldade é que geralmente os juristas optam por priorizar abordagens jurídicas que ficam, conforme menciona João Maurício Adeodato, ou na concepção política centralizada (abstendo-se das especificidades dos países periféricos), ou naquela dita não-ontológica (aceitando, de certo modo, o fenômeno das desigualdades jurídicas), ou em uma ética tolerante e eficiente”.<sup>509</sup>

Possivelmente tal dificuldade se deva à tendência de se pensar na universalidade jurídica sem cuidar de observar a sua necessária qualificação, a sua dignidade enquanto direito. Neste sentido é que Michele Carducci reclama uma postura altruísta para o direito, onde

(...) significa colocar-se o problema do outro não simplesmente como *destinatário* de normas e de interpretações consolidadas e compartilhadas, mas sim como *sujeito ativo* desta mesma comunhão constitucional, como ator do desenvolvimento das teorias constitucionais e dos métodos de compreensão dos problemas da igualdade complexa, da equidade, da ponderação, do julgar; em uma palavra, das questões cruciais da teoria constitucional contemporânea diante da globalização, do pluralismo multicultural e multiétnico, da sempre mais difusa *low intensity citizenship* que desjuridifica as realidades, dentro e fora da Europa.<sup>510</sup>

Então, para se conhecer, compreensivamente, o direito, a dificuldade não parece ser – muito pelo contrário – a ida à sua universalidade, mas, ao que se espera, a observância da dignidade do seu universalismo. Do contrário, a fragmentária concepção jurídica de direito como categoria racional, como fato histórico, como norma, como fato institucional, enfim, como quer que se possa compreendê-lo, sempre deixaria a descoberto opções metodológicas outras que não devem ficar ao largo de qualquer consideração jurídica que esteja sendo feita.<sup>511</sup> Vejamos algo que possa ser considerado nessa questão.

---

<sup>508</sup> IDEM, p. 74.

<sup>509</sup> ADEODATO, João Maurício. A pretensão de universalização do direito como ambiente ético comum. In: BRANDÃO, Cláudio: ADEODATO, João Maurício (Orgs.). **Direito ao extremo**: coletânea de estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 167-168.

<sup>510</sup> CARDUCCI, Michele. **Por um direito altruísta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 11.

<sup>511</sup> A respeito do assunto, veja-se Miguel REALE (**Fundamentos do direito**. São Paulo: RT, 1998).

Ontologia pode-se simplificarmente afirmar, é o ser em geral, respondendo, profundamente, à indagação *do que são feitas todas as coisas*. De seu lado e não menos simplificarmente, ôntica é o ser que é em seu existir concreto, respondendo à indagação do que se identifica cada coisa.

Ocorre que o existir concretamente demanda uma generalidade totalizante de sua especificação, modos que compoem a sua existenciária (ôntica) com o seu existencial (ontológico). Heidegger, possivelmente por questões didáticas, denomina esta última situação de pré-ontológica, afirmando que, neste caso, “Ser ontológico ainda não diz aqui elaborar uma ontologia”,<sup>512</sup> prosseguindo: “Por isso, se reservamos o termo ontologia para designar o questionamento teórico explícito do sentido do ser, então este ser-ontológico da *pre-sença*”<sup>513</sup> deve significar pré-ontológico”.<sup>514</sup> E arremata, dizendo que “Isso, no entanto, não significa simplesmente sendo um ente, mas sendo no modo de compreensão do ser”.<sup>515</sup>

Para uma melhor assimilação, necessário inverter o caminho indicado, cujo resultado, como se viu, foi o de identificar uma característica ontológica na completude de qualquer ser concreto (espécie de ôntica-ontológica, ou pré-ontológica), indo-se na direção da possibilidade ou não de encontrar-se na ontologia algum elemento ôntico. Para tanto, mostra-se razoável compreender, ainda que rápida e superficialmente, o que pode ser designado por ser e por ente.

Martin Heidegger professa que “O ser é sempre o ser de um ente”.<sup>516</sup> Logo, “O todo dos entes pode tornar-se, em suas diversas regiões, campo para se liberar e definir determinados setores de objetos”.<sup>517</sup> Algo pré-ôntico, se quisermos utilizar adjetivação próxima à de Heidegger para pré-ontológica, desdobrando o existencial na existenciária, a existência no existente.

Ser, enquanto “conceito evidente por si mesmo”,<sup>518</sup> a tudo abraça, inclusive o inorgânico, que no existencialismo fenomenológico significa o nada.<sup>519</sup> Já

---

<sup>512</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 38.

<sup>513</sup> Significando existência de fato. (HEIDEGGER, Martin. Ob. cit., p. 243).

<sup>514</sup> IDEM, p. 35.

<sup>515</sup> IDEM, p. 35.

<sup>516</sup> IDEM, p. 35.

<sup>517</sup> IDEM, p. 35.

<sup>518</sup> IDEM, p. 29.

“Ente é tudo de que falamos, tudo que entendemos, com que nos comportamos dessa ou daquela maneira, ente é também o que e como nós mesmos somos”.<sup>520</sup>

Enquanto objeto de resposta à indagação do que são feitas todas as coisas é que o ser se encaminha para o sentido ontológico, e, por conta disto, tem sido posto como prioridade fundamental na indagação gnosiológica. Mas, se “o ser constitui o questionado e ser diz sempre ser de um ente, o que resulta como *interrogado* na questão do ser é o próprio ente”.<sup>521</sup>

Ser está naquilo que é e como é, na realidade, no ser simplesmente dado (*Vorhandenheit*), no teor e recurso, no valor e validade, na pre-sença, no “há”. Em qual dos entes deve-se ler o sentido do ser? De que ente deve partir a saída para o ser? O ponto de partida é arbitrário ou será que um determinado ente possui primazia na elaboração da questão do ser? Qual é este ente exemplar e em que sentido possui ele uma primazia?<sup>522</sup>

Então, a relação ôntico-ontológica e/ou ontológico-ôntica enseja conhecer e compreender, tratando-se, destarte, de gnosiologia. Talvez nisto a dificuldade para se chegar a uma ontologia geral do direito, já que, a rigor, ontologia não poderia mesmo ser do direito, nem de qualquer outro tema. A dificuldade é tal que Alexandre da Maia a expôs em trabalho monográfico, suscitando, logo na introdução, o compreensível “problema do vazio ontológico na observação do fenômeno jurídico”.<sup>523</sup>

Podem ser destacados dois níveis do problema gnosiológico, um que vai do conhecer-sentir (com a sensibilidade intermediando a excitabilidade e o conhecimento) até o conhecer-perceber (acrescentando-se ao sentir a assimilação dos universais, dos conceitos e da reflexão), outra que segue do compreender-identificar (tomada de consciência do objeto percebido, identificando-o quantitativamente) até o compreender-entender (acrescentando à quantificação identificatória qualificação que indique o nível de progresso alcançado). Sem atender

---

<sup>519</sup> Veja-se, neste sentido, Jean-Paul SARTRE (**O ser e o nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. Petrópolis: Vozes, 1998).

<sup>520</sup> HEIDEGGER, Martin. Ob. cit., p. 32.

<sup>521</sup> IDEM, p. 32.

<sup>522</sup> HEIDEGGER, Martin. Ob. cit., p. 32.

<sup>523</sup> MAIA, Alexandre da. **Ontologia jurídica**: o problema de sua fixação teórica (com relação ao garantismo jurídico). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 19 *et sequens*.

à ordem aqui estabelecida, Pontes de Miranda procurou elucidar tal problema nos seguintes termos:

Na excitabilidade, o ser está como ser vivo em presença da excitação, o que já excede a relação “ser inorgânico e ser” (reações físicas). Na sensibilidade, já o organismo está como ser organizado na relação “ser-vivo”-“ser”. O reflexo, que está numa e noutra, unindo as duas relações sob o mesmo conceito de vitalidade, progredirá no caminho do conhecimento.<sup>524</sup>

Portanto, sinaliza mencionado jurista, “Antes do *plus*, que é a reflexão, antes do *plus* anterior a esse, que é o conceito, e do *plus* anterior a ambos, que é a extração dos chamados universais, está a sensibilidade em sua intermediariedade entre a excitabilidade e o conhecimento propriamente dito”.<sup>525</sup>

Interessante observar que o problema da universalidade, nos termos como foi exposto, pode, em temas como o jurídico, envolver o que Alexandre da Maia denomina como “falta de adequação de suas formas de manifestação”,<sup>526</sup> reclamando, certamente, uma ida àqueles caracteres que dignifiquem o direito enquanto tal. Necessário, para tanto, conhecê-lo e compreendê-lo.

António Braz Teixeira informa que a indagação “sobre o direito enquanto ser, revelou-nos os atributos ou determinações que o individualizam, ou seja, as suas *categorias ônticas*”.<sup>527</sup> Como tais, relaciona a temporalidade, a historicidade, a bilateralidade, a heteronomia, a positividade, a territorialidade e o sentido axiológico. Não se duvida que tal relação seja acrescida de outras categorias ônticas do direito, sempre a depender da situação história em sua classificação seja pelo acréscimo de novas categorias, seja pela supressão de algumas, sempre estará o direito a reclamar uma compreensão dos seus fatores ôntico-ontológicos, ou ontológico-ônticos. Sem isto, até mesmo a categorização mais aparente do direito, que é a normativa, pode sofrer a suspeita de indignidade, conforme adverte Jeremy Waldron.<sup>528</sup>

---

<sup>524</sup> MIRANDA, Pontes de. **O problema do conhecimento**. Campinas: Bookseller, 1999, p. 30.

<sup>525</sup> MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 30.

<sup>526</sup> MAIA, Alexandre da. Ob. cit., p. 22.

<sup>527</sup> TEIXEIRA, António Braz. **Sentido e valor no direito**: introdução à filosofia jurídica. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2000, pp. 138-139.

<sup>528</sup> WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

O aprofundamento do processo cognitivo tem enfrentado o dilema de, deparando-se com a infinitude dos seus objetos, procurar atribuir-lhe, ou, ao menos, enxergá-lo sob o balizamento da inclusão gnosiológica. Ou seja, para delimitação do conhecimento, tem-se mostrado necessário atribuir finitude técnica para as infinitudes intuicionais, bem assim a intuir finitudes para as infinitas possibilidades técnicas.

Não se trata aqui de intuição relacionada com a crença, dita como “ato de fé de origem inconsciente, que nos força a admitir em bloco uma idéia, uma opinião, uma explicação, um doutrina”.<sup>529</sup> Neste caso, a razão, rigorosamente, parece estar alheia na medida em que a formação da crença precede à formação do juízo racional. Trata-se, em verdade, de dupla face do conhecimento, busca de exatidão para o intuído.

Tudo quanto é aceito por um simples ato de fé deve ser qualificado de crença. Se a exatidão da crença é verificada mais tarde pela observação e pela experiência, cessa de ser uma crença e torna-se um conhecimento. Crença e conhecimento constituem dois modos de atividade mental muito distintos e de origem muito diferentes. A primeira é uma intuição inconsciente provocada por certas causas independentes da nossa vontade; o segundo representa uma aquisição consciente, edificada por métodos exclusivamente racionais, tais como a experiência e a observação.<sup>530</sup>

A penumbra que parece até hoje envolver o conhecimento pode ser atribuída à infinitude na apreensão do seu objeto, no mais das vezes lançado a juízos teológicos<sup>531</sup> que a dogmática rigorosa assimila até com certa facilidade, e, forçoso reconhecer, ainda impregnando, de certo modo, o problema epistemológico.<sup>532</sup> Na linguagem poético-literária de Rubem Alves, epistemologia bem pode ser comparada ao jogo de tênis, enquanto gnosiologia se compara ao jogo de frescobol,<sup>533</sup> pois “O objetivo do jogo de palavra “tênis” é tirar o outro da

---

<sup>529</sup> LE BON, Gustave. **As opiniões e as crenças**. São Paulo: Ícone, 2002, pp. 22-23.

<sup>530</sup> LE BOM, Gustave. Ob. cit., p. 23.

<sup>531</sup> Nelson SALDANHA (**Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 54) viu na vastidão complexa do pensamento hegeliano uma insistência na “permanência de componentes teológicos dentro do pensamento jurídico já durante a fase chamada racionalista”.

<sup>532</sup> Epistemologia no sentido que lhe dá Gaston BACHELARD (**A formação do espírito científico**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 7) de “delinear os fenômenos e ordenar em série os acontecimentos decisivos de uma experiência”, e não no que lhe atribuiu Giambattista VICO (**A ciência nova**. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 137), de amplitude gnosiológica decorrente da natural e apaixonada sensibilidade humana, espécie de “teologia civil raciocinada pela providência divina”.

<sup>533</sup> Tênis comumente jogado nas praias brasileiras.



jogada. Fim rápido. Ejaculação precoce. O objetivo do jogo de palavra “frescobol” é manter o outro na jogada. Fim adiado. Vaivém prolongado. O bom não é a chegada; é a travessia”.<sup>534</sup>

O sentido epistemológico indica uma possível racionalidade prática; o sentido gnosiológico, como aqui sugerido, indica uma racionalidade vital. Não se pretende, como no jogo de tênis, eliminar a epistemologia, senão ao menos mantê-la viva o máximo de tempo possível e necessário. Na hipótese epistemológica, o conformismo diante da escassez de possibilidades, tão ao gosto daquilo proposto por Guilherme de Occam, através do princípio *entia non sunt: multiplicanda praeter necessitatem*.<sup>535</sup> Aqui, incita Franz Josef Hinkelamert, preferências indicam praticidade, necessidades indicam sobrevivência.

Assim, à luz das necessidades, trata-se da possibilidade de viver, ao passo que, à luz das preferências, trata-se apenas de viver em níveis quantitativamente diferentes, que são melhores ou piores. Então, podemos ver que o problema da vida é eliminado pela manipulação do conceito de preferência. Diante de um simples jogo de preferência a exigência de mudança aparece como resultado da inveja. Diante de tais necessidades, aparece como exigência da possibilidade de viver e como raiz da legitimidade de todas as legitimidades.<sup>536</sup>

Ultrapassando o nível de inconsciência mais adequado à crença, eis que a intuição assume, realmente, sentido identificador racional da experiência e da observação. Vindo pelo outro lado, deve-se observar que a técnica não pode, ao menos nos termos da abordagem aqui realizada, como algo posterior à ciência enquanto elemento puramente epistemológico. Com efeito, vê-se em Garcia Martínez que

A técnica, ao contrário do que se costume pensar, é anterior à ciência: quando a ciência intervém, a técnica torna-se tecnologia: a tecnologia é o resultado da aplicação da ciência à técnica. Mas a técnica é tão antiga quanto a humanidade: pode haver sociedades humanas sem instituições jurídicas ou políticas, mas não há

---

<sup>534</sup> ALVES, Rubem. **Entre a ciência e a sapiência**: o dilema da educação. São Paulo: Legrand, 1999, p. 93.

<sup>535</sup> Conhecido como “Navalha de Occam”, significando que não se devem multiplicar os entes existentes além do necessário. (JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 200).

<sup>536</sup> HINKELAMERT, Franz Josef. **Crítica à razão utópica**. São Paulo: Edições Paulinas, 1988, p. 268.

sociedade humana sem técnicas, pois não se trata de uma atividade como outra qualquer, e sim do complemento necessário a toda atividade.<sup>537</sup>

Buscando fugir da generalidade que a técnica, como fator de toda e qualquer atividade, pode suscitar, torna-se necessário observar que, ao lado das categorias técnico-religiosas (próximas das crenças e, portanto, sem compromisso com a correção e a variação), devem ser analisadas as técnicas ditas por Nicola Abbagnano como racionais, que “relativamente independentes de sistemas particulares de crenças, podem levar à modificação desses sistemas e são auto-corrigíveis”.<sup>538</sup> Ao lado das técnicas simbólicas e das técnicas de produção, Abbagnano indica as técnicas racionais do comportamento do homem em relação a outro homem, que cobrem, inclusive, as técnicas jurídicas.

A partir do exposto, é possível pensar a técnica como elemento necessário para atribuir finitude às intuições, retirando-lhe a tendência de infinitude que a crença procura lhe inserir. Tal se dá por conta da tipificação que constitui característica própria da técnica, ou seja, a técnica tipifica, e, com isto, delimita e dá finitude ao objeto do conhecimento. Por outro lado, é a intuição, enquanto elemento cultural de balanceamento da necessidade e da escassez, que irá possibilitar escolher, dentre as infinitas variações técnicas, aquela mais adequada ao alcance do quanto pretendido, atribuindo, destarte, finitude às suas infinitas variações. No dizer de García Martínez, “Dois âmbitos, em primeira instância antitéticos, tornam-se análogos e afins”, já que, assim, “podem facilitar uma realização mais eficaz de determinados objetivos, ao proporcionar, para sua consecução, uma informação rigorosa e completa sobre os métodos e os meios mais adequados”.<sup>539</sup>

No direito, como não poderia deixar de ser, igualmente o dilema entre intuição e técnica, nos termos abordados.

Tal se dá pelo fato de que, enquanto o direito material se apresenta mais à intuição cultural das pessoas,<sup>540</sup> o direito processual, por outro lado,

---

<sup>537</sup> MARTÍNEZ, R. García. Técnica e tecnologia. In: VILLA, Mariano Moreno (Diretor). **Dicionário de pensamento contemporâneo**. São Paulo: Paulus, 2000, p. 720.

<sup>538</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 940.

<sup>539</sup> MARTÍNEZ, R. García. Ob. cit., p. 722.

<sup>540</sup> Cândido Rangel DINAMARCO (**Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: RT, 1987, p. 2) indica como aspiração do direito material “ser o eco verdadeiro e autêntico da cultura de uma nação”.

(...) não é um fato da vida cotidiana do leigo. Só têm contato com suas normas os profissionais do foro. O leigo, por exemplo, tem a intuição do que é justo e do que não é; mesmo sem ter estudado direito, acha que é dever do pai fornecer alimentos ao filho, merecendo até prisão se não o fizer. Mas não tem intuições sobre as regras processuais, pois o processo não faz parte de sua vida. Daí a dificuldade maior que há no ensino e no aprendizado do direito processual. Para compreender corretamente as normas que o compõem, é indispensável sentir a diferença fundamental que há entre ele e o direito fundamental. Sem isso, nenhum estudo do direito será suficientemente sólido, nem consciente, nem bem orientado.<sup>541</sup>

Após indicar, para o direito material, uma postura remanescente para o lícito dada a inexaustidão de seus preceitos, José Joaquim Calmon de Passos afirma que “No campo do direito processual, tudo se passa diversamente” uma vez que “Ele não seleciona entre os comportamentos humanos aqueles aos quais pretende emprestar relevância jurídica”, formulando, de logo, uma antecipação “como forma de comportamento, e uma única forma de comportamento, interditando todas as demais”.<sup>542</sup> Para Calmon de Passos, “O direito material é, pois, uma ‘qualificação’ de forma de comportamentos. Já o direito processual é a ‘predeterminação’ de uma forma de comportamento”.<sup>543</sup>

Posto deste modo, enquanto o direito material se efetiva (tornando-se, necessariamente finito em suas infinitudes) pela melhor das técnicas que compõem a infinitude dos tipos processuais, parte deste uma busca, no direito material, de uma intuição que lhe indique, dentre as suas infinitas técnicas, aquela que melhor satisfaça ao direito material. Neste último caso, fala-se em tipificação do direito processual; naquele, em escolha do melhor tipo dos disponíveis para a adequação da conduta. Apoiando-se na adjetivação dada a tal fenômeno por Piero Calamandrei, como programa do processo tipo, Calmon de Passos, conclui na direção de que, no caso da tipificação técnico-processual,

Predetermina-se não somente a forma, o modo de que se deve revestir atividade processual, mas também, e imperativamente, a espécie de atividade que cumpre seja desenvolvida para que se obtenha a prestação jurisdicional reclamada do Estado. Esta prefixação, em termos cogentes, da atividade a ser desenvolvida no processo

---

<sup>541</sup> IDEM, p. 57.

<sup>542</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 74-75.

<sup>543</sup> IDEM, pp. 75-76.

pelos sujeitos que se tornem seus protagonistas é exigência constitucional, particular e peculiarmente relevante para o destino processual, além de necessária para compreensão de muitos dos seus institutos.<sup>544</sup>

A questão foi bem resumida por Francesco Carnelutti no sentido de que enquanto o processo “é um método para a formação ou para a atuação do direito, *serve ao direito*”. Por outro lado, enquanto regulado por regras jurídicas tipificadoras de sua técnica, “o *processo é servido pelo direito*”.<sup>545</sup>

### 3. 3. Direito ética e politicamente justo

Ao ser mencionado, o direito estatal conduz à idéia de Estado. E este, ao de espaço, urgindo compreender, ainda que rapidamente, o que comportou, comporta e pode vir a comportar como espaço, equivalendo dizer, temporalidades espaciais.

O professor Milton Santos apresentou ao público excelente trabalho nesse sentido que, por compromisso temático, não se permite aqui uma análise mais acurada. Entretanto, serve bem a propósito de direito político o que foi por ele abordado como verticalidades, horizontalidades e ação política, nos seguintes termos:

A tendência atual é no sentido de uma união vertical dos lugares. Créditos internacionais são postos à disposição dos países e das regiões mais pobres, para permitir que as redes se estabeleçam ao serviço do grande capital. Nessa união vertical, os vetores de modernização são entrópicos. Eles trazem desordem aos subespaços em que se instalam e a ordem que criam é em seu próprio benefício. E a união vertical – seria melhor falar de unificação – está sempre sendo posta em jogo e não sobrevive senão à custa de normas rígidas. Mas os lugares também se podem refortalecer horizontalmente, reconstruindo, a partir das ações localmente

---

<sup>544</sup> IDEM, p. 77.

<sup>545</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Volume I. São Paulo: Classic Book, 2000, pp. 72-73.

constituídas, uma base de vida que amplie a coesão da sociedade civil, a serviço do interesse coletivo.<sup>546</sup>

Neste segundo caso – horizontalidade espacial – estabelece-se, ainda no entender de Milton Santos, um aumento da eficácia política por fixação de um cotidiano homólogo, onde

Os mesmos interesses criam uma solidariedade ativa, manifestada em forma de expressão comum, gerando, desse modo, uma ação política. (...). Essa ação política pode, em muitos casos, ser orientada, apenas, para um interesse particular e específico, freqüentemente o da atividade hegemônica no lugar. Mas este é, apenas, um primeiro movimento. As atividades que, complementares ou não, têm uma lógica diversa da atividade dominante, provocam, a partir do seu conflito de preocupações, um debate que acaba por interessar ao conjunto da sociedade local. E o resultado é a busca de um sistema de reivindicações mais abrangentes, adaptado às contingências da existência comum, no espaço de horizontalidade.<sup>547</sup>

É exatamente por conta da noção horizontal do espaço que Boaventura de Souza Santos chama atenção para uma nova problemática, qual seja a da emancipação tópica<sup>548</sup> a partir de um senso comum ético (porquanto solidário) e político (já que participativo). Conhecimento científico e senso comum. A relação se mostra pertinente. Vista a partir daquele, “significa distinguir entre conhecimento objetivo e mera opinião ou preconceito”.<sup>549</sup> Partindo do senso comum, “significa distinguir entre um conhecimento incompreensível e prodigioso e um conhecimento óbvio e obviamente útil”.<sup>550</sup> Impõe-se, a partir disto, o que Boaventura denomina de reencantamento estético, reabertura e reaproximação artística, modo de enfrentar, pelo conhecimento vulgar, o problema que, embora epistemológico, deixou de ser preocupação científica por não interessar ao modo hegemônico pelo qual o capitalismo procura se reinventar e se reinventa.

---

<sup>546</sup> SANTOS, Milton. **A natureza do espaço**: técnica e tempo; razão e emoção. São Paulo: EDUSP, 2002, pp. 287-288.

<sup>547</sup> IDEM, p. 288.

<sup>548</sup> Boaventura de Souza SANTOS (**A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001, p. 110) Baseada em uma retórica emergente que revê a noção de senso comum para multifacetá-lo a depender das comunidades interpretativas, já que “as diferentes comunidades não existem isoladamente, mas constituem redes de comunidades e, portanto, os *topoi* gerais exprimem o que há de comum entre elas (pontos de vista partilhados). Cada comunidade é, em si, um domínio tópico, e os *topoi* desse domínio que são partilhados por outras comunidades da mesma rede constituem os *topoi* gerais”.

<sup>549</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Ob. cit., p. 107.

<sup>550</sup> IDEM, p. 107.

O mesmo Boaventura faz observação importante quando, a partir de uma metáfora da cartografia, analisa os níveis de abrangência do direito, enxergando três tipologias jurídicas segundo o seu espaço de incidência.

Com efeito, a análise cartográfica do direito o classifica segundo escalas, projeções e simbolizações, distorcendo necessariamente a realidade social a fim de, com isto, instituir a sua incidência, e, apesar disto, sem ser arbitrário. Sequer neutro.

Pode-se dizer, no primeiro sentido, que um direito de pequena escala abrange um espaço maior, mas, por outro lado, tem pouca preocupação com localidades pormenorizadas, com pequenos espaços, ainda que localizados no interior de sua abrangência. Por outro lado, um direito de grande escala tem abrangência espacial reduzida, despreocupando-se com questões macro-espaciais, enquanto que um direito de escala média guardaria incidência intermediária. Como se infere, as escalas do direito dizem respeito tanto à análise de suas características como estabelece o seu raio de ação, podendo ser visto como direito local (grande escala), direito nacional (escala média) ou direito internacional (pequena escala). Para Boaventura de Souza Santos, as escalas jurídicas

Usam diferentes critérios para determinar os pormenores e as características relevantes da atividade social a ser regulada. Estabelecem diferentes redes de fatos. Em suma, criam realidades jurídicas diferentes. (...). A interação e a intersecção entre os diferentes espaços jurídicos é tão intensa que, ao nível da fenomenologia da vida sócio-jurídica, não se pode falar de direito e de legalidade mas antes de *interdireito* e *interlegalidade*.<sup>551</sup>

No primeiro caso (*interdireito*), observa-se que, a depender da escala, o direito pode ter maior ou menor característica detectiva ou avaliativa, nos sentidos de identificar e nivelar os fatos jurídicos. No segundo (*interlegalidade*), as diferenças observadas em cada escala se situa nos padrões de regulação, juridicizando ou não o fato social.

No que se refere ao direito de grande escala, até mesmo em questões como as relacionadas com as vias alternativas de solução de conflito, o direito parece mesmo se guiar por tais projeções. Veja-se, por exemplo, entre nós o

problema dos juízos arbitrais, que, apesar das maiores dificuldades institucionais que suscitam, caminham na alocação de recursos não apenas financeiros para a sua instalação, evidentemente que pelo fato de projetar-se segundo os critérios de centralidade social. Enquanto isto, nada se diz ou pratica no sentido dos juízos de paz previstos, desde 1988, em nosso sistema constitucional<sup>552</sup> e aguardando regulamentação, indubitavelmente por ter projeção socialmente periférica.

Em pequena escala, o direito padece do mesmo problema na medida em que são disponibilizadas atenções de toda ordem para o disciplinamento de um direito internacional (direito público supranacional) para os chamados países centrais (bloco europeu, por exemplo), enquanto que nenhum sinal é dado, no mesmo sentido, para os chamados blocos periféricos (sul-americanos, por exemplo). Para estes, no máximo, um direito internacional, diferenciado daquele dito inter-nacional por se pautar pelas regras neoliberais (civilistas, contratualistas).

Tanto para conformar (sendo fiel à abrangência, distorcendo o modo de ver) como para equivaler (mantendo o modo de ver e distorcendo a abrangência), a projeção do direito “é o procedimento através do qual a ordem jurídica define as suas fronteiras e organiza o espaço jurídico no interior delas”,<sup>553</sup> resultando disto que “Cada ordem jurídica tem um centro e uma periferia”.<sup>554</sup>

Isto significa, em primeiro lugar, que, à semelhança do que se passa com o capital financeiro, o capital jurídico de uma dada forma de direito não se distribui igualmente pelo espaço jurídico desta. Tende a concentrar-se nas regiões centrais, pois é aí que é mais rentável e tem mais estabilidade. Nessas regiões, a espaço é cartografado com mais detalhe e absorve mais recursos institucionais, tais como tribunais e profissionais de direito, e mais recursos simbólicos, como sejam os tratados e os pareceres dos juristas e a ideologia e cultura jurídicas dominantes. Inversamente, nas

---

<sup>551</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Ob. cit., pp. 207-208.

<sup>552</sup> Consta da Constituição Federal brasileira: “Art. 14. § 3º. São condições de elegibilidade, na forma da lei: (...). VI – a idade mínima de: (...). c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz.”; “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: (...). II – justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”. Em suas Disposições Transitórias, traz ainda a nossa atual Constituição Federal: “art. 30. A legislação que criar a justiça de paz manterá os atuais juízes de paz até a posse dos novos titulares, assegurando-lhes os direitos e atribuições conferidas a estes, e designará o dia para a eleição prevista no art. 98, II, da Constituição”. In: BRASIL. **Vade Mecum acadêmico-forense**. São Paulo: Vértice, 2005, pp. 39, 83 e 155.

<sup>553</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Ob. cit., p. 213.

regiões jurídicas periféricas, o espaço jurídico é cartografado com traço muito grosso, absorve poucos recursos institucionais (justiça inacessível, assistência judiciária de baixa qualidade, advogados mal preparados, etc.) e igualmente poucos recursos simbólicos (práticas jurídicas menos prestigiadas, teorização jurídica menos sofisticada, etc.).<sup>555</sup>

A par do exposto, nota-se que a projeção do direito encaminha a questão jurídica para um sentido egocêntrico (privilegiando os níveis sociais politicamente incluídos) ou geocêntrico (privilegiando regiões economicamente mais desenvolvidas).

Por último, a simbolização é indicada como terceiro elemento da metáfora cartográfica. No sentido jurídico, a realidade social tanto pode ser representada por relação de semelhança (símbolos icônicos) como por simples convenção (símbolos convencionais). No primeiro caso, diz-se que há simbolização visual; no segundo, simbolização cognitiva.

Nestes termos, o direito pode ter simbolização plana, unidimensional, sob parênteses do tipo "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza",<sup>556</sup> ou por uma referência material ao objeto simbolizado, realçando as suas características, conhecendo as suas diferenças, identificando-o. Na primeira hipótese, diz Boaventura, uma simbolização literária, homérica, marcada pelo formalismo e abstração e pela descontinuidade e provisoriedade, próprias da juridicidade instrumental. Na segunda, uma simbolização contextualizada, bíblica, referente aos complexos problemas sociais, voltando-se para a representação de conteúdo social.

A questão perpassa, assim, o sentido ético de que tanto o aspecto material de sustentação prático-avaliativa como aquele formal de explicitação artificiosa.

Qualquer das vias teóricas que se faça, será possível escolher. Tomemos, como fê-lo Enrique Dussel, a opção comunitarista, que, embora se lance

---

<sup>554</sup> IDEM, p. 213.

<sup>555</sup> IDEM, p. 213.

<sup>556</sup> Constituição Federal brasileira, artigo 5º, *caput*. In: BRASIL. Ob. cit., p. 30.



por uma ética material, bem pode referir-se, ou pelo menos não excluir, o sentido formal do objeto simbolizado.

Como podemos observar, os comunitaristas estudam a questão ética defendendo a importância de aspectos materiais: a história, o bem concreto a partir de uma determinada cultura, as diversas esferas de justiça, dentro das quais o bem ético deve ser situado autenticamente por seu conteúdo (materialmente). Tudo isso é necessário, mas por ser necessário não é materialmente suficiente, nem é excludente do formal.<sup>557</sup>

Embora, segundo Dussel, observando apenas as dificuldades que a moral formal enfrenta no que se refere aos conflitos externos, eis que Alasdair MacIntyre, teórico do comunitarismo, confronta os aspectos eticamente formais da noção de justiça sobre os quais se lançam, atualmente, as teorias da justiça, notadamente a proposta por John Rawls, chamando atenção para uma racionalidade ética que se materialize nas circunstâncias da auto-compreensão de cada comunidade, sem prévia determinação.

É de se esperar, portanto, que, nos debates contemporâneos sobre a justiça e a racionalidade prática, um problema inicial para os que se opõem ao liberalismo seja o de descobrir ou construir um foro ou arena institucional no qual os termos do debate não tenham já de antemão determinado seu resultado.<sup>558</sup>

Essa ética material da prática social é conduzida por Charles Taylor – outro comunitarista – por uma axiologia universalista, sem perder o seu sentido material ao rebater e contrapor-se à abstração da moral tradicional, na medida em que sustentada por uma auto-concepção existencial onde o indivíduo se vê envolvido em questões universais e com elas interage. Para ele, de um lado a consideração ontológica (fatores materiais invocáveis para as ocorrências sociais), referindo-se a fatores explicativos da vida social; de outro, questões de defesa (posicionamento político e moral nas questões sociais) articuladas eticamente na consciência.<sup>559</sup>

---

<sup>557</sup> DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 124.

<sup>558</sup> MacINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem?** Qual racionalidade? São Paulo: Loyola, 1991, p. 421.

<sup>559</sup> TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 1997, pp. 197-198.

A instância material da ética, defende Charles Taylor, proporciona o auto-reconhecimento e a auto-fidelidade necessários para a compreensão política do direito que não se satisfaça com o plano liberal. “Ser fiel a mim mesmo significa ser fiel à minha própria originalidade, que é algo que somente eu posso articular e descobrir. Ao articulá-la, estou também definindo a mim mesmo, realizando uma potencialidade que é propriamente minha”.<sup>560</sup>

A proposta comunitarista, como se vê, pretende superar, minimizar, ou, ao menos, enfrentar a vertente liberal. Ao contrário de sustentar-se em uma igualdade formal e totalitária, propugna uma igualdade complexa que dependa, decisivamente, dos cidadãos, “de sua capacidade de afirmar em meio a todos os bens e de defender sua própria noção de significado”.<sup>561</sup>

O ideal de justiça, nestes termos, fica na circunstancialidade pluralista de compensações que, nos desiguais, possa materialmente igualá-los. Tudo, evidentemente, por uma ética que politicamente se apóie no auto-conhecimento da comunidade. Não é por outra razão que, a partir do próprio nome, Ricoberta Menchu afirma ter consciência do seu significado e do que significa a sua comunidade.<sup>562</sup>

Forçoso, pois, reconhecer, a partir de Clifford Geertz, que “Assim como a navegação, a jardinagem e a poesia, o direito e a etnografia também são artesanatos locais: funcionam à luz do saber local”.<sup>563</sup> Sobre isto, suscitam-se problemas de difíceis soluções, notadamente dado o progresso tecnológico-comunicacional deste início de século XXI. Difícil é desprezar a qualidade ética que tal opção parece indicar.

Quanto se fala em idéias não se quer aqui, necessariamente, fazer abordagens históricas, tampouco suscitar diferenciais rígidos e intransigentes entre diversas concatenações que o assunto tratado, até agora, possa ter ensejado. Sabe-se, de fato, que idéias se aproximam e se afastam em aspectos, indiferentemente de suas proximidades espaço-temporais, às vezes se distanciando em um mesmo

---

<sup>560</sup> IDEM, p. 245.

<sup>561</sup> WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 436.

<sup>562</sup> A referência é menos àquela supranacional (por exemplo, a comunidade européia) e mais àquela localizada.

<sup>563</sup> GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 249.

autor, outras vezes se aproximando apesar do diferente referencial teórico. Comparabilidades, no sentido variável de (in) compatibilidades, (in) complementaridades etc., naquilo que André Comte-Sponville indica como expectativas para todo conhecimento de múltiplos objetos, “seja para salientar suas semelhanças ou dessemelhanças, seja para evocar um, poeticamente, pela invocação do outro”.<sup>564</sup>

Para uma compreensão, o mais aproximadamente, do direito, três bases de sustentação: acessar o percurso do pensamento sociológico, perceber o histórico das idéias políticas e entender os mais destacados sistemas jurídicos. Obras de Raymond Aron, de François Châtelet, Olivier Duhamel e Evelyne Pisier-Kouchner e de René David<sup>565</sup> constituem boas referências para o problema proposto. Outras questões paralelas ao tratado em tais obras, entretanto, devem ser mencionadas, dada a sua inegável e indispensável significação para entender as relações entre política e direito.

No aspecto sociológico, Raymond Aron salienta que as críticas feitas tanto à opção do leste europeu de uma sociologia comprometidamente ideológica<sup>566</sup>, por ser dita sintética<sup>567</sup> e historicista,<sup>568</sup> como aquela desenvolvida nos países de

---

<sup>564</sup> COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário filosófico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 113.

<sup>565</sup> ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 1999; CHÂTELET, François *et alli*. **História das idéias políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000; DAVID, René. **Grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>566</sup> De acordo com Michael LÖWY (**Ideologia e ciência social: elementos para uma análise marxista**. São Paulo: Cortez, 2003, pp. 10-11), o termo *ideologia* foi cunhado por Destutt de Tracy como “estudo científico das idéias e as idéias são o resultado da integração entre o organismo vivo e a natureza, o meio ambiente”. Não por outra razão, posta como subcapítulo da zoologia. Sofreu a deliberação pejorativa de negação metafísica da realidade, sendo neste sentido assimilada por Karl MARX e Friedrich ENGELS (**A ideologia alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 1998) para fazer críticas aos hegelianos, acusando-os de inverter as relações entre as idéias e a realidade. “Marx amplia o conceito e fala das formas ideológicas através das quais os indivíduos tomam consciência da vida real, ou melhor, a sociedade toma consciência da vida real. Ele as enumera como sendo a religião, a filosofia, a moral, o direito, as doutrinas políticas etc”. (LÖWY, Michael. Ob. cit., p. 12). Vários têm sido, posteriormente, os significados dados ao termo ideologia, destacando-se a sua institucionalização como elemento do aparelho estatal (ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos do estado**. Rio de Janeiro: Graal, 1985), servindo, hegemônica e culturalmente, para a manutenção superestrutural e política do estado, no sentido a que chegou Antônio Gramsci (BEZERRA, Luiz Antônio dos Santos. Gramsci e a sociologia. In: **Diké – Revista Jurídica da UESC**. Ilhéus: Editus, 2004, pp. 113-127).

<sup>567</sup> No sentido do apriorismo kantiano, formal, não decorrendo da experiência, ou, no mínimo, como unificação, pela consciência, de diversas experiências.

<sup>568</sup> Notadamente no que se refere aos métodos de histórica literária, filosófica, metódica e factual. Minimiza-se no sentido de nova história dos ANNALES, percebida na referência de José Carlos REIS (**Escola de Annales: a inovação em história**. São Paulo: Paz e Terra, 2000), ou diretamente nas obras de Marc Bloch, Jacques Le Goff, Fernand Braudel. Até na antropologia de Claude Lévy-Straus e Pierre Clastres. Interessante, neste sentido, o trabalho de Michelle PERROT (**Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001) acerca da questão histórica.

língua inglesa – notadamente nos Estados Unidos da América -, dita sociometrista,<sup>569</sup> por conta da empiria analítica<sup>570</sup> que a caricaturou. Para Aron,

A oposição entre *ideologia* e *sociografia* não exclui de modo algum que a sociologia tenha funções análogas na União Soviética e nos Estados Unidos. Nos dois países a sociologia deixou de ser *crítica*, na acepção marxista do termo; não questiona a ordem social nos seus traços fundamentais: a sociologia marxista porque justifica o poder do Estado e do partido (ou proletariado), a sociologia analítica dos Estados Unidos porque admite implicitamente os princípios da sociedade norte-americana.<sup>571</sup>

Observa-se, destarte, que as principais correntes sociológicas do mundo ocidental implicam em (ou são implicadas por, dependendo do ângulo de observação) opções políticas, como, por exemplo, a do liberalismo e a do conservadorismo revolucionário.

O meio geográfico parece mesmo explicar a liberdade e a servidão, ao indicar o temperamento e a sensibilidade humanas como relações que constituem os níveis de relacionamento social e os índices demográficos tipificando os níveis de subsistência. Tudo isto, no dizer de Montesquieu, a formatar princípios conformadores do espírito geral de um povo, modulando-lhe o sistema jurídico e oportunizando tipologias para a politização do direito, seja em relação à Constituição, seja dizendo respeito aos cidadãos mesmo.

Muitas coisas governam os homens: o clima, a religião, as leis, as máximas do governo, os exemplos das coisas passadas, os costumes, as maneiras, resultando disso a formação de um espírito geral. À medida que, em cada nação, uma dessas causas age com mais força, as demais lhe cedem outro tanto. Entre os selvagens, a natureza e o clima dominam quase sozinhos; as maneiras governam os chineses; as leis tiranizavam o Japão; os costumes serviam de regra outrora na Lacedemônia; as máximas do governo e os costumes antigos o faziam em Roma.<sup>572</sup>

A idéia sociológica do direito político se mostra, de fato, em Montesquieu, como modo de sua composição, por uma imperatividade de

---

<sup>569</sup> Para Álvaro CABRAL e Eva NICK (**Dicionário técnico de psicologia**. São Paulo: Cultrix, 2000, p. 299), o termo *sociometria* pode ser entendido como “Estudo quantitativo das propriedades psicológicas das populações”.

<sup>570</sup> No sentido cartesiano de “procedimento que consista em dividir um todo nas partes que o constituem”, conforme posição de José Ferrater MORA (**Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 22).

<sup>571</sup> ARON, Raymond. Ob. cit., p. 3.

<sup>572</sup> MONTESQUIEU, [Charles-Louis de Secondat] Barão de la Brède e de. **O espírito das leis**. Volume I. São Paulo: Nova Cultural, 1997a, pp. 360-361 (Coleção Os Pensadores).

conformação das circunstâncias de sua elaboração à situação sócio-política reinante. Buscando estimular a habilidade e a astúcia é o que teria levado Licurgo a fixar sanção mais grave para a tentativa de furto em relação com a pena para a sua consumação. Não é por outra razão que Montesquieu explica:

Como as leis civis dependem das leis políticas, pois são feitas para uma sociedade, seria conveniente que, quando se quisesse transportar uma lei civil de uma nação para outra, se examinasse antes se ambas têm as mesmas instituições e o mesmo direito político. Assim, quando as leis sobre o roubo passaram dos cretenses para os lacedemônios, como passaram juntamente com o governo e a própria constituição, foram tão judiciosos num desses povos quanto o foram no outro. Mas quando foram levadas da Lacedemônia para Roma, como não encontraram a mesma constituição, foram aí sempre estranhas, e não tiveram nenhuma ligação com as outras leis civis dos romanos.<sup>573</sup>

Não é por outro motivo que Andréas Joachim Krell professa que “as instituições jurídico-constitucionais de um povo somente podem ser compreendidas a partir das idéias morais e dos princípios políticos que o animam”.<sup>574</sup> Destarte,

As exigências específicas da investigação no âmbito do Direito Constitucional Comparado impõem a utilização dos aportes da Ciência Política, para entender como se exerce o poder na realidade de uma sociedade humana particular, com enfoque ao jogo de forças e das práticas políticas do país em análise. Através da Sociologia do Direito deve-se analisar o real funcionamento e efeito das instituições jurídicas – como os Direitos Fundamentais – nos diferentes ambientes sociais, as quais, de longe, podem parecer muito semelhantes.<sup>575</sup>

Do que se vê, é possível afirmar que tal posicionamento teria fundamento no direito natural. Resta indagar se no sentido proclamatório e assistemático ou no sentido construtivista e sistematizado. No primeiro caso, reclamando, do direito positivo, disponibilidade metodológica; no segundo, com metodologia própria, mesmo que seja para assentar-se em um não-sistema como sistema aperfeiçoador. Mas isto, adotando aqui o estilo do professor Nelson Saldanha, é outra coisa.

---

<sup>573</sup> IDEM, p. 277.

<sup>574</sup> KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 41.

<sup>575</sup> IDEM, p. 41.

Outro aspecto importante do direito político é o que diz respeito à questão democrática, notadamente no sentido que lhe deu Aléxis de Tocqueville, afastando-se dos sentidos capitalista (marxiano) e produtivo (comteano). Deste modo, Tocqueville pode ser considerado mais político e Montesquieu mais sociológico.

Para Tocqueville, não há falar-se em democracia sem pensar em sua adequação ao modelo social a que se refere, extraíndo dela todo bem que possam desfrutar os seus membros. Referindo-se ao pensamento de Tocqueville, Raymond Aron lembra que

Democracia é a sociedade em que não subsistem distinções de ordem e de classes; em que todos os indivíduos que compõem a coletividade são socialmente iguais, o que não significa que sejam intelectualmente iguais, o que é absurdo, ou economicamente iguais, o que, para Tocqueville, é impossível. A igualdade social significa a inexistência de diferenças hereditárias de condições; quer dizer que todas as ocupações, todas as profissões, dignidades e honrarias são acessíveis a todos. Estão portanto implicadas na idéias de democracia a igualdade social e, também, a tendência para a uniformidade dos modos e dos níveis de vida.<sup>576</sup>

Tem-se a impressão de paradoxo, justificando o liberalismo e fundamentando o socialismo. Mas o que Tocqueville suscita é a necessidade de ser pensada uma democracia a partir de uma significação política modelada pela comunidade, portanto com uma certa plasticidade teórica e um rigor na sua correlação sociedade-estado. A liberdade, para Tocqueville, tem com a igualdade democrática, mitigando-se o entusiasmo tecnocrata dos liberais com o apocalíptico pessimismo dos socialistas. Tem, por outro lado, com a legitimidade, com a inteligibilidade política, inclusive, e, sobretudo, do direito.

Mostra-se interessante a posição de Alain Touraine acerca da democracia, na medida em que procura institucionalizá-la conceitualmente, tridimensionalizando-a como “respeito aos direitos fundamentais, cidadania e representatividade”,<sup>577</sup> ou seja, “a existência de atores sociais cujos agentes políticos sejam os instrumentos, os representantes”<sup>578</sup> ou “a livre escolha dos governantes”<sup>579</sup>

---

<sup>576</sup> ARON, Raymond. Ob. cit., p. 203

<sup>577</sup> TOURAINE, Alain. **O que é democracia?** Petrópolis: Vozes, 1996, p. 43.

<sup>578</sup> IDEM, p. 43.

e o “reconhecimento dos direitos fundamentais, que limitam o poder do Estado e também o das Igrejas, famílias ou empresas”.<sup>580</sup> Touraine indica três tipos de democracia:

O *primeiro* tipo dá uma importância central à limitação do poder do Estado pela lei e pelo reconhecimento dos direitos fundamentais. (...). O *segundo* tipo dá a maior importância à cidadania, à Constituição ou às idéias morais ou religiosas que garantem a integração da sociedade e fornecem um sólido fundamento para as leis. (...). Enfim, o *terceiro* tipo insiste mais na representatividade social dos governantes e opõe a democracia – que depende dos interesses das categorias populares – à oligarquia, quer esteja associada a uma monarquia definida pela posse de privilégios, ou então à propriedade do capital.<sup>581</sup>

Defendendo uma autenticidade social dependente da proposta científica, Vilfredo Pareto procura equivalência entre a experiência e a idéia como fator lógico da questão social. Parecendo que a sua postura abriu flancos para o autoritarismo político encontrar justificação, bem da verdade que o que pretendeu foi criticar uma possível cientificidade política das relações sociais.

Segundo Pareto, é absurda a idéia de que os progressos da ciência darão como resultado a racionalização das próprias sociedades, e de que os homens, transformados pelo progresso do conhecimento, serão capazes de organizar a sociedade com base na razão. Pareto denuncia impiedosamente esta esperança falaciosa. Admite uma expansão muito lenta do pensamento lógico-experimental e não nega que, a longo prazo, aumentará o papel da conduta lógica, determinada pela razão, mas este aumento não levará a uma sociedade cimentada pela razão científica.<sup>582</sup>

Vê-se, a partir de Pareto, que o problema da cientificidade, mesmo em momento historicamente favorável, bem pode ser contrastado quando se cuida de observar politicamente as relações sociais. Tal postura serve, no mínimo, para que não sejam obstruídas as noções de direito político por conta de possíveis questionamentos epistemológicos.

---

<sup>579</sup> IDEM, p. 44

<sup>580</sup> IDEM, pp. 45.

<sup>581</sup> ARON, Raymond. Ob. cit., pp. 46-47.

<sup>582</sup> IDEM, p. 423.

Alias, sendo da política o conhecimento geral das relações sociais, eis que já para Gaston Bachelard<sup>583</sup> pode ser dita como obstáculo ao conhecimento científico. Embora que, na concepção epistemológica, tal obstaculação não negue, antes reforce, o método científico.

O curso do pensamento político, noticiam Châtelet, Duhamel e Pisier-Kouchner,<sup>584</sup> destacou-se pelas noções de soberania (perpassada pelo contratualismo e, de certo modo, até mesmo pelo naturalismo), de nacionalismo (caracterizado notadamente pela democracia liberal), de socialismo (instado por um evolucionismo utilitarista) e de imperialismo (abrangência para além das fronteiras nacionais). Neste último aspecto, desde a noção de Estado-nação que se convive com a expansividade para além das fronteiras geográficas, seja no sentido colonialista tão a gosto dos Estados capitalistas, seja no do social-internacionalista defendido pelas tendências socialistas, ambos messianicamente condutores da dominação internacional.

É verdade que os países ditos não-alinhados, ou, se preferirmos, os do terceiro mundo, chegaram mesmo a pensar em estratégias para se colocarem “prontos a fazer causa comum com uma das hegemonias quando uma vantagem material os incitasse a tanto”,<sup>585</sup> mas isto só lançou ditos não-alinhados a tentativas de ingresso no rol do que pareciam combater. A partir disto, não há olvidar-se de que, da mesma forma como o ideal se sustentou do social e o Estado se fundamentou na noção de nação, ao depois se tendeu à inversão de tais fatores, o Estado precedendo à nação e ao ideal o social.

Tanto no primeiro como no segundo caso, deu-se evidente desumanização das relações políticas – notadamente no sentido internacional das idéias políticas –, para Jean-Paul Sartre um anti-semitismo originando o mundo judeu, para Frantz Fanon um racismo dando causa a uma imaginada inferioridade racial.<sup>586</sup>

---

<sup>583</sup> BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, pp. 69-90.

<sup>584</sup> CHÂTELET, François *et alli*. Ob. cit..

<sup>585</sup> IDEM, p. 273.

<sup>586</sup> IDEM, p. 286.



Tratou-se, nos termos mencionados, mais de uma espécie de balcanização das estruturas internas dos Estados, expostos que ficavam aos interesses internacionais. Os não-alinhados procurando uma conjugação do tipo solidário, somente até que se inserissem no limiar dos Estados dominados. Ou, no sentido dado por Jacques Le Goff, o antagonismo progresso-reação decorrente da histórica composição de alinhados e não-alinhados, dominantes e dominados, incluídos e excluídos.<sup>587</sup> Tudo, sinaliza Le Goff, em decorrência da idéia de progresso, historicamente posta a partir do passado e definido tanto no sentido linear como na modelagem espiral, tanto no geral como no setorial, tanto universal como temático. Reage-se ao progresso tendo em conta as suas especificidades entre si, ao linear com o sentido espiral, ao geral com o setorial, ao universal com o temático, vice-versa. Nestas condições, “é necessário não esquecer que cada tipo de progresso apela para outras formas complementares de progresso”.<sup>588</sup> Por outro lado,

Como não há progresso que não seja também moral, a principal tarefa dos nossos dias, no final do século XX, na via de um progresso ridicularizado e duvidoso, mas pelo qual se deve mais do que nunca combater, é o combate pelo progresso dos direitos humanos.<sup>589</sup>

Talvez o problema não seja mesmo de reação à noção de progresso e sim de uma concepção ideal que assuma não a perspectiva de um presente com relação ao passado, mas dizendo respeito ao futuro. Aqui, o assunto sai da noção de imperialismo e assume a de império, na conceituação dada por Michael Hardt e Antônio Negri, para quem, em primeiro lugar,

O conceito de Império caracteriza-se fundamentalmente pela ausência de fronteiras: o poder exercido pelo Império não tem limites. Antes e acima de tudo, portanto, o conceito de Império postula um regime que efetivamente abrange a totalidade do espaço, ou que de fato governa todo o mundo “civilizado”. Nenhuma fronteira territorial confina o seu reinado. Em segundo lugar, o conceito de Império apresenta-se não como uma ordem que na realidade suspende a história e dessa forma determina, pela eternidade, o estado de coisas existentes. Do ponto de vista do Império, é assim que as coisas serão hoje e sempre – e assim sempre deveriam ter sido. Dito de outra forma, o Império se apresenta, em seu modo de governo, não

---

<sup>587</sup> LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Campinas: UNICAMP, 2003, pp. 235-276.

<sup>588</sup> IDEM, p. 274.

como um movimento transitório no desenrolar da História, mas como um regime sem fronteiras temporais, e, nesse sentido, fora da história ou no fim da História. Em terceiro lugar, o poder de mando do Império funciona em todos os registros da ordem social, descendo às profundezas do mundo social. O Império não só administra um território com sua população mas também cria o próprio mundo que ele habita. Não apenas regula as interações humanas como procura reger diretamente a natureza humana. O objeto do seu governo é a vida social como um todo, e assim o Império se apresenta como forma paradigmática de biopoder.<sup>590</sup>

Após afirmar que “O Império com o qual nos deparamos exerce enormes poderes de opressão e destruição”,<sup>591</sup> mencionados autores concluem que isso não deveria, de modo algum, nos deixar saudosos das antigas formas de dominação, já que “A transição para o Império e seus processos de globalização oferece novas possibilidades para as forças de libertação”.<sup>592</sup> Não sem razão que o desafio político da atualidade “não consiste simplesmente em resistir a esses processos mas em reorganizá-los e canalizá-los para novos objetivos”.<sup>593</sup>

Esse novo contexto da política imperialista não poupa qualquer nação, seja qual for a sua posição (tecnológica, cultural, econômica etc.) no cenário global. Cai a hegemonia tradicional, que se mantém apenas com relação aos modos mais complexos das diferenciações culturais, sem a sofisticação política necessária à dominação de um Estado sobre o outro. Trata-se, agora, de dominação ficcional, modelada por forças não localizadas (sequer localizáveis), no sentido territorial, submetendo todos indistintamente. Portanto, qualquer contraposição deve necessariamente timbrar com a mesma qualificação – de não-territorialidade – sob pena de resultar inócua, ou, ao menos, de pouca eficácia. Veja-se que

Embora a genealogia do Império seja, nesse sentido, eurocêntrica, seus poderes atuais não estão limitados a nenhuma região em particular. Lógicas de mando que de certa forma surgiram na Europa e nos Estados Unidos agora adquirem práticas de dominação em todo o mundo. Mais importante ainda, as forças que contestam o Império e prefiguram com efeito uma sociedade global alternativa não estão, elas próprias, limitadas a qualquer região geográfica. A geografia desses poderes

---

<sup>589</sup> IDEM, p. 276.

<sup>590</sup> HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Rio de Janeiro: Record, 2001, pp. 14-15.

<sup>591</sup> IDEM, p. 15.

<sup>592</sup> IDEM, p. 15.

<sup>593</sup> IDEM, p. 15.

alternativos, a nova cartografia, ainda espera ser escrita ou, na verdade, está sendo escrita com muita resistência, muita luta e com desejos da multidão.<sup>594</sup>

Politicamente falando, instala-se, a partir da Europa (a velha e atualíssima tendência eurocêntrica), proposta de enfrentamento ao império pela via internacional, propondo-se unificação constitucional (e até jurisdicional) como novo espaço público que reenvolva os Estados-membros em seus anseios de firmatários das regras de convivência. Algo como a cartografia de grande escala que Boaventura de Souza Santos mencionada em *A crítica da razão indolente*, por uma interessante metáfora da cartografia.

René David reconhece, entre nós, ocidentais, três grandes sistemas jurídicos,<sup>595</sup> dentre os quais se destacam a denominada família romano-germânica e o sistema anglo-americano,<sup>596</sup> cada um politicamente diferenciado em suas dimensões metodológicas (estrutura e fontes). E tais sistemas deve ser levados em conta a fim de que a nova ordem – denominada Império – receba tratamento jurídico teoricamente adequado.

O direito romano-germânico se estrutura na divisão de duas grandes características, denominadas direito público e direito privado, simplificada aquele disciplinando as relações jurídicas estatais e este último as relações jurídicas particulares.

Esta distinção se baseia sobre uma idéia que parece evidente aos juristas desta família: as relações entre governantes e governados dão lugar a problemas específicos, e tornam necessárias normas diversas das que regulam as relações entre pessoas privadas, quando mais não seja por que o sistema geral e os interesses particulares não podem ser pesados na mesma balança.<sup>597</sup>

Dessa dicotomia decorre todo o arcabouço do sistema jurídico sob comento, formatando-se a denominada enciclopédia jurídica e fixando-se, a depender de alguns critérios diferenciadores, os ramos do direito, ao lado de

---

<sup>594</sup> IDEM, p.16.

<sup>595</sup> Guido Fernando Silva SOARES (**Common law**: introdução ao direito dos Estados Unidos. São Paulo: RT, 1999, p. 26) lembra que existem, em diferentes países, maior ou menor aproximação entre tais sistemas, tanto que se admitindo classificações do tipo *common law misto* e *civil law misto*.

<sup>596</sup> O outro é o denominado Sistema de Direitos Socialistas, que não interessa diretamente ao presente estudo, por questões metodológicas. Ademais, as suas características estão, de certo modo, perpassando em grau menos realçado, tanto o sistema romano-germânico como o sistema anglo-americano.

formulações conceituais nem sempre coincidentes, algumas vezes paralelos e outras antagônicos, no mais dependendo da cultura que qualifica o seu ambiente. Por tal estrutura, lembra René David, é que, por exemplo, na Espanha não há unidade no direito civil, permitindo-se, ao lado de um direito comum (*derecho general*), a subsistência de direitos civis regionais (*derecho foral*), modos que “estas noções, de *derecho común* por um lado, de *derecho foral* por outro, precisam ser explicadas aos juristas de outros países, onde a distinção não é conhecida”.<sup>598</sup>

Outro ponto importante é a noção de regra de direito para o sistema de direito romano-germânico, elevada a regra de conduta e, de forma genérica, pairando sobranceira acerca das resoluções práticas e concretas, reforçando a denominada ciência do direito na medida em que, como que depurando as bases de sua concretude, formula a base teórica de um devir jurídico. Neste aspecto,

A regra de direito romano-germânica situa-se a meio caminho entre a decisão do litígio, considerada como uma aplicação concreta da regra, e os *princípios* dotados de uma elevada generalidade, de que pode, ela própria, ser considerada como uma aplicação. A arte do jurista, nos países da família de direito romano-germânica, é saber encontrar a regra e formulá-la a este ponto de equilíbrio: não é necessário que a regra assuma um caráter muito geral, porque ela deixaria então de ser um guia suficientemente seguro para a prática; e, sim, necessário que ela assuma um caráter suficientemente geral para contemplar um certo tipo de situações e não ser unicamente aplicável, como a decisão do juiz, a uma situação particular. Acrescentemos que este ponto de equilíbrio não é, necessariamente, de fato, o mesmo em todos os ramos do direito: uma maior concretização pode ser desejável em matérias tais como o direito penal ou direito fiscal, onde se deseja reduzir ao máximo o arbítrio da administração. Um elevado grau de generalização pode, ao contrário, parecer desejável em certas outras matérias mais fluidas, onde se deseja impor menos estritamente o rigor de soluções jurídicas.<sup>599</sup>

Por conta do diferencial mencionado é que, do interior do próprio sistema romano-germânico, mostra-se acentuado o sentido hermenêutico conceitual generalizante, palco de compreensão de significado das regras de direito (e não a simples distinção, como prevalece no sistema *common law*). Com isto, as regras de

---

<sup>597</sup> DAVID, René. Ob. cit., p. 67.

<sup>598</sup> René DAVID (Ob. cit., p. 74) cita os exemplos alemão, mexicano e suíço, onde convivem um direito federal e um direito estadual ou cantonal. No Brasil, percebemos uma legislação nacional ao lado de outra estadual e outra municipal, inclusive em nível constitucional.

<sup>599</sup> IDEM, p. 81.

direito tendem a ser elaboradas por conceito indeterminado (determináveis) e por um texto aberto (interpretável).

Decorre disto uma assimilação teórica mais alargada e, portanto, uma acentuada previsibilidade conceitual das regras de direito, sendo necessário, para enfrentamento de suas dificuldades práticas, a suscitação de regras secundárias.<sup>600</sup>

As fontes do sistema romano-germânico são indicados e escalonados como a lei, os costumes, a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais de direito, ocorrendo, em algumas situações específicas, alterações em tal escalonamento.

No tocante à lei, convém observar que o sistema tanto incide na tendência popularizante, onde a via é a da compreensibilidade popular de suas regras, como na elitizante, quando somente a poucos, denominados juristas, é dado assimilar a linguagem técnica utilizada pelo legislador. Ganha ou perde supremacia na dependência de maior ou menor a aceitação da idéia de codificação, ou, pelo menos, de legislação com precisão ou imprecisão conceitual. Encontra palco conveniente no sistema positivista, notadamente em seu viés normativo.

A denominada escola sociológica do direito põe em relevo, como fonte de direito, os costumes. Nas demais tendências, fica como elemento complementar, ocupando espaços deixados lacunosos pela lei, tanto mais ou menos, a depender dos seus critérios de incidência (*secundum legem*, *praeter legem* ou *adversus legem*).

Tem a fonte jurisprudencial, mesmo se observando a tendência teórica e pouco casuística do sistema, relevante importância na medida em que serve para dar, além de efetividade prática ao direito, abstratamente se apresenta como porta necessária à dinâmica jurídica, a despeito de suas limitações na criação das regras de direito, tanto que reclamando, no mais das vezes, indeclinável motivação.

Pela via doutrinária, o sistema encontra fundamento para o atualizar-se, seja na criação de vocabulário adequado, na elaboração lógico-semântica da

---

<sup>600</sup> René DAVID (Ob. cit. pp. 83-85) chama atenção para o fato de que a pouca precisão do sistema romano-germânico, decorrente da maior liberdade que atribui aos momentos de sua aplicação exigem compensações que lhe infiram segurança. E isto se dá pelo esclarecimento dado às regras de direito pela jurisprudência, complemento secundário, sem entretanto ir ao nível de complexidade por não atingir os fundamentos do sistema.

comunicação jurídica ou na análise crítico-conceitual das regras de direito. É propedêutica, muito próxima do que Ernst Tugendhat e Úrsula Wolf sugerem como composição entre o lógico-romântico e o gramatical, sempre na necessidade de possibilitação cognitiva.<sup>601</sup> Enfim, não se pode mesmo olvidar que tanto o fundamento como o próprio texto das regras de direito ensejam, desde a sua criação, inegável defasagem. Notadamente por se basear em fatos pretéritos e pretenderem disciplinar fatos análogos diferidos no tempo.

Já os princípios gerais de direito têm, no sistema romano-germânico, a função ético-teleológica de procurar atribuir às regras de direito ideais de justiça e paz social justificadoras de melhor convivência e de defesa de elementos indispensáveis à preservação, tanto estritamente da espécie humana, como holisticamente de tudo o que há.

Por tais considerandos é que Guido Fernando Silva Soares realça, do sistema romano-germânico, que

(...) a busca das generalidades racionais que o conjunto normativo (código) representava, fizeram com que a “glosa judiciária” (jurisprudência casuística) fosse afastada, em favor da “glosa erudita” (doutrina), e tanto o costume geral como o assim dito “costume judiciário” (a jurisprudência) fossem desprezados, em benefício da lei escrita (e, sempre que possível, reunida em conjuntos harmônicos e racionais: os códigos).<sup>602</sup>

O sistema jurídico anglo-americano, sem muito rigor dito *common law*,<sup>603</sup> tem duas características estruturais e fundamentais relevantes, a primeira mais visível no direito inglês e a segunda observável no direito norte americano. Ao lado disto, observa-se, no todo do sistema, considerandos que o condensa como do mesmo tipo, notadamente quando se observa, ainda por René David, que conceitos como pátrio poder, usufruto, pessoa moral, dolo e força maior, curiais para o sistema romano-germânico, são indiferentes para o sistema anglo-americano, estando neste

---

<sup>601</sup> TUGENDHAT, Ernst; WOLF, Úrsula. **Propedêutica lógico-semântica**. Petrópolis: Vozes, 1996.

<sup>602</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. Ob. cit., p. 28.

<sup>603</sup> Na verdade, tanto René DAVID (Ob. cit., pp. 285 *et sequens*) como Guido Fernando Silva SOARES (Ob. cit., pp. 31 *passim*) recordam que o modelo *common law* reflete momento histórico na formação do sistema anglo-americano.

conceitos como *trust*,<sup>604</sup> *duress*,<sup>605</sup> e *trespass*,<sup>606</sup> que por seu turno são indiferentes para o sistema romano-germânico.

É possível que tal se dê por força das diferenças estruturais da língua inglesa com relação às dos países do sistema romano-germânico,<sup>607</sup> mas isto, embora significativo para a compreensão de tais diferenças, deve-se deixar aqui suspenso, dado o objetivo perseguido.

Como observa René David, o direito inglês está estruturado pela via da processualidade, afastando-se da racionalidade lógica do sistema romano-germânico que “foi ordenado, considerando as regras substantivas do direito, graças à obra das universidades e do legislador”.<sup>608</sup>

Portanto, a estrutura do direito inglês tem base em uma resolução prática. Para tanto, a oposição fundamental não reside entre as noções de direito público e direito privado, como no sistema romano-germânico, mas entre as noções de direito comum (*common law*) e de direito eqüitativo (*equity law*), a ponto de serem os juristas ingleses especializados a partir de ramos gerais de *common lawers* e de *equity lawers*. Por tal aspecto, realçam-se no direito inglês questões relacionadas com os institutos do direito de propriedade decorrente do simples gerenciamento (*trust*), com as limitações do uso, do gozo e da destruição da coisa, além daquelas relativas à proeminência das regras processuais (*adjective law*) sobre as materiais (*substantive law*). Afinal de contas, “O direito inglês não é um direito de universidades nem um direito de princípios; é um direito de procedimentos e de práticos”.<sup>609</sup>

Outro ponto considerável do direito inglês é aquele relacionado com a compreensão das regras de direito (*règle of droit*), escalonadas de modo que a jurisprudência casuística (*case law*) se põe no topo da hierarquia das fontes do direito, suplantando, em incidência, a lei. Destarte, trata-se de um direito aberto não às regras hermenêuticas (*statute law*), mas às necessidades diccionais da prática

---

<sup>604</sup> Atribuição de propriedade em decorrência da administração da coisa, independentemente dos termos do contrato gerencial.

<sup>605</sup> Direito adquirido por coação física, não moral.

<sup>606</sup> Direito à indenização por perdas e danos.

<sup>607</sup> A língua inglesa se mostra com tendência unidimensional e planificada, suscitando concepções formais.

<sup>608</sup> DAVID, René. Ob. cit., p. 306.

forense, sem muitas definições legais e maior grau de imperatividade à regra do precedente (*rule of precedent*).

Embora do mesmo sistema que o inglês, o direito norte americano guarda distinções com o mesmo, sobretudo quanto à sua estrutura político-organizacional e à relacionada com os fundamentos de suas fontes, apesar de também preferindo a jurisprudência à lei. Guido Fernando Silva Soares chega a compreendê-lo como um sistema misto, entre o *common law* e o *civil law*, dada a sua maior abertura que o direito inglês, para os estudos acadêmicos (*academy studios*), a doutrina (*treatises law*) e as codificações (*code law*), formadores de uma *secondary authority*.<sup>610</sup>

Destaca-se, no direito norte americano, a sua organização política que, diferentemente do direito inglês, se bifurca em direito federal e direito estadual, notadamente no que se refere às atribuições legislativas e às competências jurisdicionais, dependendo tanto das matérias tratadas e das pessoas envolvidas como no que diz acerca de incidências principais ou residuais. Ou mesmo quanto à possibilidade de intervenção do direito federal quando houver ao menos a possibilidade de divergências fundamentais entre direitos de estados federados.

Nos sentidos teórico e prático, vê-se que o direito norte americano traz questões basilares como os procedimentos probatórios sumários (*law of evidence*) em que assuntos hermenêuticos e comunicacionais são destacados, bem como a ampliação dos julgamentos populares (*people judge*) e a flexibilização dos precedentes (*stare decisis*). Neste último aspecto, convém lembrar que

O Supremo Tribunal dos Estados Unidos e os Supremos Tribunais dos diferentes Estados não estão vinculados às suas próprias decisões e podem desviar-se da sua jurisprudência. Por outro lado, bem entendido, os Estados são soberanos e a regra do *stare decisis* apenas funciona, relativamente às matérias do domínio de competência dos Estados, no seio da hierarquia das jurisdições deste Estado.<sup>611</sup>

Outro ponto importante do direito norte americano é o seu original controle de constitucionalidade das leis e das decisões judiciais pelo Poder

---

<sup>609</sup> IDEM, p. 320.

<sup>610</sup> Como *primary authority* René Guido Fernando Silva SOARES (Ob. cit., p. 73) indica, no direito norte americano, os precedentes judiciais (*case law*) e a lei (*statutes*).



Judiciário, tanto mediante exegese econômica (*commerce clause*) como regulamentar (*due process of law*) ou social (*equal protection of the law*).

O terceiro sistema de direito ocidental, dito socialista, como os demais – romano-germânico e anglo-americano – traz dimensões teóricas e práticas sempre com o condão sociológico e, tudo indica, por conta das insuficiências lógicas diante de situações como limitação ao direito de propriedade e controle político estatal. Nisto, ao que se vê, o problema pode ser destacado a partir da teoria autopoietica,<sup>612</sup> segundo a qual o direito tende a se auto-reproduzir, portanto com uma vitalidade e uma reflexividade próprias, a despeito das inegáveis estimulações de áreas científicas, notadamente daquelas ditas compondo as ciências sociais. Para estas, diz Willis Santiago Guerra Filho, uma expectativa cognitiva; para aquele a expectativa é normativa. As garantias normativas – é dizer, o direito – são sempre assecuratórias das situações cognitivas alcançadas – e tal só se dá politicamente – uma vez que

Há, claro, diferenças radicais entre “expectativas normativas”, garantidas pelo direito, e “expectativas cognitivas”, garantidas pela ciência, já que essas, ao se verem frustradas pela realidade, por estarem preparadas para aprender com ela, devem procurar se adaptar aos fatos que as frustram, enquanto as primeiras, ao contrário, são concebidas para se manterem “contrafaticamente”, isto é, mesmo depois de frustradas.<sup>613</sup>

Não diria depois de frustradas (contrafaticamente), mas desatualizada faticamente, uma vez que, ainda por Willis Santiago Guerra Filho,

(...) o Direito não seria absolutamente imutável, já que para realizar sua função social adequadamente tem que, ao mesmo tempo, preservar a integridade do sistema social, evitando mudanças excessivas, e viabilizar as transformações necessárias para evitar sua estagnação e, conseqüentemente, seu fim.<sup>614</sup>

---

<sup>611</sup> DAVID, René. Ob. cit., p. 391.

<sup>612</sup> A teoria autopoietica evoluiu do sentido biológico (ROMESÍN, Humberto Maturana; GARCÍA, Francisco José Varela. **De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997) para o jurídico (TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993).

<sup>613</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 64.

<sup>614</sup> IDEM, p. 64.

Trata-se, como se observa, de um segundo qualificativo para o direito, dito alopoiético, abrindo-se a comunicações exteriores, como de resto ocorre em qualquer tema sociológico. Marcelo Neves, após afirmar que “Embora a reprodução de comunicações só se realize dentro da sociedade (fechamento auto-referencial), existem imprescindivelmente comunicações sobre o seu meio ambiente psíquico, orgânico e químico-físico (abertura)”<sup>615</sup> prossegue em que “Ao contrapor-se a autopoiese à alopoiese, não se trata de uma discussão sobre a superação lógica da paradoxia da auto-referência”,<sup>616</sup> tudo por compreender antes que o “bloqueio alopoiético do sistema é incompatível com a capacidade de reciclagem (abertura cognitiva) e, por conseguinte, com a própria noção de referência ao meio ambiente como interrupção da interdependência dos componentes sistêmicos”.<sup>617</sup>

Na composição de um direito sistêmico com a sua discursividade, ou, por outra vertente, da concepção de direito formal com a de direito material, reconhece-se a reflexividade jurídica como elemento de sua alopoiese.

O “Direito reflexivo” é concebido, então, como uma síntese superadora dos limites do Direito formalmente racional e da racionalidade jurídica material. No primeiro caso, haveria uma insensibilidade em relação ao contexto social; o direito materialmente racional, por sua vez, não responderia adequadamente à diferenciação da sociedade e não proporcionaria a autonomia do sistema jurídico. O Direito reflexivo regularia o contexto autônomo, respeitando a dinâmica própria dos outros subsistemas sociais, mas impondo-lhes restrições possibilitadoras da combinação de todas as partes, restrições essas que funcionariam, para cada sistema-parte, como “regras de contexto”.<sup>618</sup>

É claro que, notadamente nos denominados países periféricos, tais questões se mostram problematizantes no que se refere à identidade do direito, levantando tendências a um pluralismo jurídico que Marcelo Neves afirma respaldado na desordenação social, resultando em procuras alternativistas ou, até mesmo, uma inter (multi, pluri, ultra) disciplinaridade como passagem paradigmática deste momento histórico de incertezas (falta de modelo), desorganizações (caos), desconstruções (niilismo radical), descrenças (ceticismo) e virtualizações

---

<sup>615</sup> NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do direito. In: **Anuário do Mestrado em Direito**. Volume 5. Recife: UFPE, 1992, p. 279.

<sup>616</sup> IDEM, p. 285.

<sup>617</sup> NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 287.

<sup>618</sup> IDEM, p. 288.

(presentalidade do futuro). Ainda de acordo com Marcelo Neves, resulta disto uma espécie de simbolização constitucional funcionalmente mitológica, por compreender que

A insuficiente concretização normativa do texto constitucional vincula-se à sua função predominantemente político-ideológica, enquanto expressão discursiva de uma determinada imagem do Estado e dos “donos do poder”. A ineficácia normativo-jurídica dos dispositivos constitucionais referentes à “liberdade”, “igualdade” e “participação” conjuga-se com a função simbólica do discurso constitucionalista, encobrindo a estreita vinculação da estrutura estatal com a manutenção das relações de subintegração e sobreintegração.<sup>619</sup>

Sob pena de incorrer-se em postura pessimista, forçoso admitir que a questão resume situação historicamente contingencial em que são rediscutidos os modelos de existencialidade, ontologicidade e modalidade jurídicos que, até recentemente, norteariam paradigmaticamente o projeto de modernidade, que se comprazia com a simples produção e reprodução, aquela (a produção) qualificando o direito como coerente (não-contraditório), esta (a reprodução) servindo para superar, modificar e otimizar o direito quando em instância de saturação (déficit). Marcos Augusto Maliska aporta na metodologia indicada por Eugen Ehrlich para mencionar um direito vivo que não se limite às prescrições legislativas ou à pauta dos precedentes judiciais, mas, por outro lado, sem abdicar de uma documentalidade jurídica, mesmo que reduzida da observação direta dos fatos.

Nesse sentido, o método investigativo do Direito que propõe EHRLICH não procura contrapor o Direito vivo ao direito legislativo, mas sim, informar que a compreensão do direito não se esgota na legislação. (...). A análise documental compreende a sentença judiciária, bem como outros documentos que possam retratar o Direito, na sua essência. Quanto à sentença judiciária, EHRLICH observa que somente ela não retrata por completo o Direito vivo, em razão de a grande parte dos conflitos não chegar ao Judiciário. (...). Assim, recomenda EHRLICH que, para além da sentença judiciária, o jurista deve verificar os documentos, como os contratos de compra, arrendamento, os estatutos das entidades e companhias de comércio e outros, pois esses documentos possuem um conteúdo típico. Por sua vez, o Direito vivo não

---

<sup>619</sup> NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. In: **Anuário do Mestrado em Direito**. Volume 6. Recife: UFPE, 1993, p. 318.

documentado deve ser buscado na análise do cotidiano, com a inquirição de pessoas e com o registro de suas manifestações.<sup>620</sup>

Os fatos devem ser, então, documentáveis, já que, ainda que denominado vivo, o direito reclamaria documentação do quanto observado. Essa necessidade documental, se não for bem compreendida, pode deixar a impressão de que os sistemas jurídicos ocidentais padeceriam de contradição interna (lógica) já que, assimilado a partir do princípio da legalidade, abre flancos a posturas críticas acerca das normas jurídicas. Reclama uma democracia político-jurídica e robustece-se nas pautas normativas. Suscita lutas políticas e estabiliza-se nas garantias da lei.

Nas denominadas sociedades totalitárias, tal contradição se reduz a imperativos formais justificadores da contextualidade anti-democrática. Nas democracias liberais justificam a supremacia das elites capitalistas, por uma tecnologia que Bruce Ackerman chama de tecnologias da justiça, dada a sua indicação para os aprimoramentos tecnológicos, científicos, minimizadores da escassez conceitual.

Em síntese, uma perfeita tecnologia da justiça nos provê um experimento mental claro para ver se a afirmação de que o liberalismo está em bancarrota conceitual é correta. Se fôssemos incapazes de especificar a forma em que a teoria liberal pode regular a luta por recursos escassos diante de uma perfeita tecnologia da justiça podemos estar bem seguros que o ideal de uma sociedade ordenada por uma conversação Neutral acerca do poder é um sonho incoerente.<sup>621</sup>

Não há, pelo que afirma Ackerman, inocência tecnológica nesta forma de consideração. Convém então observar, dos sistemas jurídicos disponíveis, uma dimensão política que o firme conceitual e estruturalmente, tarefa dificultada pela tendência de sempre acometê-los por confrontações, quando jurídicas, pouco políticas, quando políticas, sem atentar para as disponibilidades jurídicas. Mas tanto as estruturas como os conceitos jurídicos não retiram deste o aspecto político, limitam-se a considerá-los no bojo da teoria e da prática jurídica.

---

<sup>620</sup> MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich**. Curitiba: Juruá, 2001, pp. 71 e 73.

<sup>621</sup> ACKERMAN, Bruce. **La justicia social en el estado liberal**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 55-56. No original: 'En síntesis, una perfecta tecnología de la justicia nos provee un experimento mental claro para ver si la afirmación de que el liberalismo está en bancarrota conceptual es correcta. Si fuésemos incapaces de especificar la forma en que la teoría liberal puede regular la lucha por recursos escasos

### 3. 4. Nova academia jurídica: do probabilismo ao convencionalismo

A interação do homem com o mundo é que, de fato, descreve a aparência inicial, explicando-a a partir de uma subjetividade tridimensional, distribuída metodologicamente por Thomas Nagel como cética, redutiva e heróica, esclarecendo ele que

As teorias céticas sustentam que os conteúdos de nossas crenças comuns ou científicas sobre o mundo vão de tal modo além de seus fundamentos que se torna impossível defendê-las da dúvida. (...). As teorias redutivas se desenvolvem a partir dos argumentos céticos. Ao presumir que sabemos certas coisas e ao reconhecer que não seria possível sabê-las se o hiato entre conteúdo e fundamentos fosse tão grande quanto pensa o cético, o reducionista reinterpreta o conteúdo de nossas crenças sobre o mundo para reduzir suas pretensões. (...). As teorias heróicas reconhecem o grande hiato que existe entre os fundamentos e nossas crenças sobre o mundo e os conteúdos dessas crenças, quando submetidas a uma interpretação realista, e tentam transpor o hiato sem estreitá-lo.<sup>622</sup>

O problema se apresenta, portanto, como espécie de um duvidar da dúvida, ou seja, aceitar que algo do que compõe a nossa crença sobre as coisas podem ser fundamentalmente confirmada, ou, pelos menos, que a sua negação não está excluída de, posteriormente, ser também negada.

Questão relevante é aquela que vincula o cético a determinada crença, a partir da qual procura referência para as negativas que enceta. Afinal de contas, “O cético não afirma que todos os seus termos não têm referente; como todos nós, ele presume que os que não têm referente podem ser explicados de alguma maneira, recorrendo-se aos que têm”.<sup>623</sup> Não bastasse isto, mesmo na parte em que os céticos negam referência se mostra conveniente aceitar que é possível conter um certo nível ou fração referenciável, sob pena de não ser permitido pensar sobre ela. Ainda por Thomas Nagel, “Parte daquilo em que acreditamos deve ser verdadeiro

---

bajo una perfecta tecnología de la justicia podemos estar bien seguros que el ideal de una sociedad ordenada por una conversación Neutral acerca del poder es un sueño incoherente”.

<sup>622</sup> NAGEL, Thomas. **Visão a partir de lugar nenhum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 111-112.

<sup>623</sup> IDEM, p. 118.

para que sejamos capazes de pensar, mas isso não significa que não poderíamos estar enganados sobre grande parte do que pensamos”.<sup>624</sup>

Dessume-se disto que para além do ceticismo encontramos um probabilismo que nos permite caminhar por uma incerteza-certa decorrente da evidente dificuldade de se estabelecer interações, ou, melhor dizendo, ir da função referenciável até um nível mais elevado da ligação referência-referido. A dificuldade parece mesmo em aceitar que nós, seres humanos, sejamos capazes do pleno conhecimento das coisas; mas isto não deve significar que devamos partir do nada, já que sequer os cétricos assim se posicional.<sup>625</sup>

O provável tanto pode anteceder a informação (probabilidade *a priori*) como, a partir do informado, não postular rigorosa adequação do acontecimento à informação, ou seja, não se comprazer com uma rigorosa relação entre o cálculo e a previsão, bastando observar um certo grau de confirmação (probabilidade *a posteriori*). Para Nicola Abbagnano, probabilidade é o “grau ou medida da possibilidade de um evento ou de uma classe de eventos”,<sup>626</sup> tanto no sentido singular, que “tem em vista o grau de possibilidade de um evento único e que, portanto, seus argumentos são eventos, fatos ou estado de coisas ou circunstâncias”,<sup>627</sup> como no sentido coletivo, “cujo objeto nunca são eventos ou fatos individuais, mas classes, espécies e qualidades de eventos”.<sup>628</sup>

Nestes termos, o possível não se confunde com o provado, ficando na precedência deste, isto é, na qualidade daquilo que pode, ou imagina-se poder, ser provado. Preso, destarte, ao raciocínio, que pode ser dito como processo conclusivo – no sentido de série contínua de inferências<sup>629</sup> –, marcado, decisivamente, pela necessidade de ser possível.

---

<sup>624</sup> IDEM, p. 119.

<sup>625</sup> Thomas NAGEL (Ob. cit., p. 122) sugere que “A vasta maioria dos acréscimos àquilo que conhecemos não requer nenhum avanço na objetividade: tudo o que fazem é adicionar informação extra num nível que já existe”.

<sup>626</sup> ABBAGNANO, Nicola. Ob. cit., p. 793.

<sup>627</sup> IDEM, p. 794.

<sup>628</sup> IDEM, p. 795.

<sup>629</sup> COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário filosófico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 463.

De acordo com Mário Bunge, plausível é o pensar as coisas de modo frutífero, utilizável, “não só em assuntos corriqueiros, mas também na matemática, na ciência e na filosofia”,<sup>630</sup> não se adequando ao método dedutivo.

De fato, somente fragmentos da matemática, ciência e filosofia acabadas podem ser jogados no molde dedutivo: a matemática, a ciência e a filosofia em feitura são amiúde logicamente impuras porque lançam mão do raciocínio plausível. Mas uma vez demonstrada a fertilidade do raciocínio plausível, ele pode ser levado a lavanderias lógicas.<sup>631</sup>

O plausível não fica na qualidade de válido, resultado próprio do método dedutivo. Vai, pelo argumento ampliativo, ao valor, ao provável, ínsito no método indutivo. Trata-se, em verdade, de atribuir adequabilidade às inferências lógicas, se quisermos refutar David Hume e o seu inconformismo ao método indutivo. É que, segundo Simon Blackburn, Hume não percebeu que ao lado das inadequadas estão as coisas formadas por propriedades adequadas, projetáveis, suscetíveis de raciocínios plausíveis.<sup>632</sup>

O termo “nova academia” sugere, como fê-lo Clitômaco, a inserção do probabilismo na tradição cética e antidogmática. Por outro lado, vê-se que o probabilismo se inclui tanto no problema ontológico, pelo qual os fatos se mostram contingentes e as leis não superam a probabilidade, como na questão epistemológica, doutrinando um conhecimento que se conforma com o *status* de plausível.

Com isto, supera-se, mesmo diante das dificuldades gnosiológicas, o ceticismo sistemático (que de tudo duvida) e metódico (que se utiliza da dúvida como ponto de partida). É que, paradoxalmente, o cético duvida de tudo e coloca todas as hipóteses sob idêntico nivelamento.

O ceticismo jurídico, pela fundamentalidade de suas proposições, parece mesmo encontrar ambiente fértil nas teorias do direito natural, pela tendência nitidamente universal e estática, de certo modo “mítica”, ao ser concebido como algo

---

<sup>630</sup> BUNGE, Mário. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Perspectiva, 2002, p. 325.

<sup>631</sup> IDEM, p. 325.

<sup>632</sup> BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 202.

“independiente da legislação, da convenção ou qualquer outro expediente imaginado pelo homem”.<sup>633</sup>

Vê-se, com isto, reacendida a hipótese adequada à denominada nova academia, pela qual “não existe verdade, mas tão somente opiniões mais ou menos prováveis”<sup>634</sup> e composição de opostos, nem mesmo quando a abordagem decorre de um direito pautado pela univocidade estatal, conforme explica Edgar Bodenheimer.

Com frequência o Direito surge como resultado de uma luta política pelo poder e a supremacia entre os diferentes grupos ou classes dentro do Estado. Neste caso o Direito é geralmente resultado de um compromisso ou acordo entre esses grupos com o fim de acabar com a luta e chegar a um *modus vivendi* para o futuro. Tal resultado pode lograr-se de dois modos. Em primeiro lugar, os dois ou mais grupos que lutam entre si pela supremacia ou pela igualdade de direitos podem ter aproximadamente a mesma força. Em tal caso, uma luta levada a seu extremo podia ser de valor e êxito duvidosos e o reajuste pacífico das diferenças podem aparecer como meta mais razoável e desejável. Em segundo termo, a prudência, a compreensão ou o interesse do grupo ou classe mais influente pode sugerir a conveniência de chegar a um acordo com outros grupos ou classes da comunidade.<sup>635</sup>

Fica, pela abordagem feita, a percepção de que o direito, ao lado da evidente postura cética de alguns, enfrentada satisfatoriamente pelas propostas marcadas pelo probabilismo, culmina por fazer eco à denominada – e como se vê ainda não superada – nova academia.

---

<sup>633</sup> BODENHEIMER, Edgar. **Teoria del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 129. No original, consta: “Independiente de la legislación, la convención o cualquier otro expediente imaginado por el hombre”.

<sup>634</sup> JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 2.

<sup>635</sup> BODENHEIMER, Edgar. (Ob. cit., pp. 234-235). No original: “Con frecuencia el Derecho surge como resultado de una lucha política por el poder o la supremacía entre los diferentes grupos o clases dentro del Estado. En este caso el Derecho es generalmente resultado de un compromiso o acuerdo entre esos grupos con el fin de acabar con la lucha y de llegar a un *modus vivendi* para el futuro. Tal resultado puede lograrse de dos modos. En primer lugar, los dos o más grupos que luchan entre sí por la supremacía o la igualdad de derechos pueden tener aproximadamente la misma fuerza. En tal caso, una lucha llevada a su extremo podría ser de valor y éxito dudosos y el reajuste pacífico de las diferencias puede aparecer como meta más razonable y deseable. En segundo término, la prudencia, la comprensión o el interés bien entendido del grupo o clase más fuerte puede sugerir la conveniencia de llegar a un acuerdo con otros grupos o clases de la comunidad”.



Estilo, afirma André Comte-Sponville, não é modo de proceder somente do homem sofisticado, “já que um homem notável pode não o ter: conheço alguns que escrevem insipidamente, e vários estilistas talentosos que me pareceram, ao lê-los ou encontrá-los, humanamente medíocres”.<sup>636</sup>

O estilo é certa maneira de agir, de escrever ou de criar, que manifesta, decerto, uma subjetividade, mas tão-somente na medida em que ela dispõe de certo talento, muito específico, e de certo traquejo. Não é o homem, mas a capacidade que ele tem, e nem todos a têm, de inventar uma expressão que a ele se assemelhe ou que o distinga dos outros. É o que há de singular no talento, ou de talentoso na singularidade. O estilo é uma força, portanto, mas também um limite. Os maiores artistas não têm um, ou têm vários, ou não cessam de se libertar do que têm. De modo que “estilista” pode ser pejorativo. É dar demasiada importância à forma e à singularidade.<sup>637</sup>

Desta maneira, estilo não se confunde com gênio, já que aquele seria a aptidão para fazer algo diferente e gênio para realizar algo melhor. Estilizar, nestas condições, será o mesmo que diferenciar, e genializar, o mesmo que progredir, como especificidade gradual, pelo que “o gênio é como que um talento extremo; talento, como que um gênio limitado”.<sup>638</sup> O que “não significa que o gênio não precise ser cultivado, mas que nenhuma cultura poderia, por si, produzir um gênio ou substituí-lo”.<sup>639</sup>

Não sendo possível, com facilidade, pensar na potencialidade de criação do gênio, tal parece decorrer do fato de que o gênio é elemento criativo. Para Hilton Japiassú e Danilo Marcondes, gênio é “o deus do nascimento”,<sup>640</sup> mas também “o deus de tutelar de cada indivíduo e que conduz seu destino”.<sup>641</sup> Criação e criatividade. Aquela, decorrendo logicamente de gênio; esta, a criatividade, decorrendo da genialidade. Gênio, criação, ato de criar. Genialidade, condição, potencialidade da criação. Gênio como elaboração de regras não arbitrárias e não derivadas de outros modelos normativos. Incomensurável, melancólico, medida da

---

<sup>636</sup> COMTE-SPONVILLE, André. Ob. cit., p. 213.

<sup>637</sup> IDEM, pp. 213-214.

<sup>638</sup> IDEM, p. 264. André COMTE-SPONVILLE (Ob. cit., p. 579) informa que enquanto *dom* “é uma facilidade para aprender”, *talento* é “uma potência de criar”, aquele tendo relação com a herança genética, este com a conformação histórica.

<sup>639</sup> IDEM, p. 264.

<sup>640</sup> JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. Ob. cit., p. 115.

<sup>641</sup> IDEM, p. 115.

inteligência. Genialidade, potencialidade para elaboração e aperfeiçoamento das regras, qualidade para ser gênio.

Estilo e genialidade, nos termos do exposto, reclamam aceitação, e isto se dá pelos critérios da ação, marcados, destarte, por elementos éticos como simplicidade (aceitação do estado atual) e aperfeiçoamento (postulação o aprimoramento).

Assim, o escultor tem primeiro de aceitar o mármore do mesmo modo que o homem de ação tem de aceitar o mundo, para transformá-lo. Assim, os pais aceitam tudo dos filhos (o que significa que eles os amam como são, sem nada renegar nem rejeitar), mas nem por isso renunciam a educá-los, nem mesmo, às vezes, a puni-los. Não é proibido proibir, mas apenas desprezar, rejeitar, odiar. Não é proibido dizer *não*, se for por um *sim* mais livre ou mais claro. Aceitação não é fraqueza. É força lúcida e generosa.<sup>642</sup>

A aceitação se dá por convenção, já que é por meio desta que são fixadas a regularidade e a coordenação dos objetos analisados. É a convenção quem atribui, por outro lado, predicado de verdade às coisas. Então, as coisas, para responder aos critérios de regularidade, coordenação e predicado de verdade, haverão de suportar a convenção acerca do que comunicam, privilegiando-as dentre outras opções.

É verdade que a via opcional deixa margem para objeções, como, por exemplo, aquela que confronta a opção feita com outras disponíveis, até mesmo para suscitar melhor resultado. Mas tal se dá, ao que parece, por conta da superficialidade que o ato de simples optar encerra, sendo necessário perseguir, para a superação ou minimização de tal problema, sair da efetivação da aceitação e assimilar a qualidade da aceitabilidade, elemento não da convenção, mas do convencionalismo.

**Convencionalismo.** Teoria que concede o primado às decisões ou à livre escolha entre alternativas igualmente possíveis visando mostrar que o que parece ser objetivo ou determinado pela natureza é na verdade um artefato resultante de convenções humanas semelhantes às convenções da etiqueta, da gramática ou do direito.<sup>643</sup>

---

<sup>642</sup> COMTE-SPONVILLE, André. Ob. cit., p. 110.

<sup>643</sup> BLACKBURN, Simon. Ob. cit., p. 78.

Não se deve aqui perder de vista que o convencionalismo sugere renúncia à procura por outros enunciados. Apesar disto, a sua aceitação evita o radical relativismo de cunho sofisticado, notadamente no campo das ciências humanas, evitando-se propostas anarquistas. Também, embora menos visível, no campo das ciências naturais, evitando-se a postura caótica. Para José Ferrater Mora, “o convencionalismo próprio de todo chamado ‘contrato social’ está destinado a evitar a ‘proliferação anárquica’ de opiniões em matéria política e social”.<sup>644</sup>

As outras opções, pode-se sugerir, bem servem como elementos dialéticos ao ser-convencionado, matéria indispensável para o que, de acordo com Thomas S. Kuhn, compõe a denominada mudança de concepção, firmatária das revoluções científicas que enfrentam e, não raramente, superam as convenções modeladoras dos paradigmas.<sup>645</sup>

As revoluções políticas iniciam-se com um sentimento crescente, com frequência restrito a um segmento da comunidade política, de que as instituições existentes deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por um meio que ajudaram em parte a criar. De forma muito semelhante, as revoluções científicas iniciam-se com um sentimento crescente, também seguidamente restrito a uma pequena subdivisão da comunidade científica, de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma.<sup>646</sup>

Intencional e livremente aceita, a convenção serve para que sejam tomadas decisões, notadamente no campo jurídico, reduzindo a teoria à condição de utilidade.

No campo jurídico, adverte António José Brandão, o problema do estilo se mostra assaz difícil, embora de muita predileção na atualidade dos que se dedicam a estudar a culturologia e o direito.

Diz mencionado jusfilósofo, partindo do pensamento de Heinrich Triepel, que

---

<sup>644</sup> MORA, José Ferrater. Ob. cit., p. 197.

<sup>645</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

<sup>646</sup> IDEM, p. 126.

Para se dar um parecer, elaborar um texto de lei, proferir uma sentença, erguer uma construção jurídica capaz de cientificamente interpretar normas ou instituições jurídicas, é dispensável, sem dúvida, ter-se já meditado problemas como o do estilo do Direito. No entanto, ignorar tais problemas, não os suprime nem evita. (...). Hoje, de positivo, e já como resultado de uma mais funda tomada de consciência, apenas se pode afirmar que também as formas de atividade prática, pelas quais o Direito, por um dos seus aspectos, se manifesta, deverão possuir fisionomia característica, estilo seu. Ora, conhecer este estilo, não será contribuir para o melhor conhecimento da natureza da prática jurídica – e, portanto, do mesmo passo, para lhe criar novas possibilidades de se aperfeiçoar? <sup>647</sup>

O que se pretende, com a busca do que seja o estilo jurídico, é a sua irredutibilidade a mera idiosincrasia de qualquer ordem, inclusive política, “qualquer coisa de irredutível, de único, que se manifesta na atividade jurídica, tanto prática como teórica, de cada povo e época”. <sup>648</sup>

Se a designarmos provisoriamente por *estilo jurídico*, a ela teremos de atender se pretendermos não só adiantarmo-nos um pouco mais na compreensão do Direito e da sua essência, mas também no mais rigoroso entendimento das suas formas históricas e nacionais de revelação. <sup>649</sup>

A dificuldade enfrentada quando se pretende entender e, mais que isto, explicar o que seja estilo em sentido geral, parece ser a mesma – talvez mais aguda ainda – quando se procura explicitar o estilo jurídico. De qualquer sorte, pode-se muito bem partir da noção de que o estilo é, por um lado, o próprio homem – *Le style, c'est l'homme même!* <sup>650</sup> – querendo-se com isto dizer que o estilo está na expressão humana, seja no sentido subjetivo como na objetividade do seu agir, refugindo-se, com isto, de assimilá-lo, unicamente, pela via estética, uma vez que, apesar de ter a sua modulação estética, “esse fato não permite reduzir o problema do seu estilo a um problema de estética do Direito”. <sup>651</sup> Vai além, firmando-se na rigorosidade de suas proposições, expressão de sua qualificação.

---

<sup>647</sup> BRANDÃO, António José. **Vigência e temporalidade do direito e outros ensaios de filosofia jurídica**. Volume II. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2001, pp. 172-173.

<sup>648</sup> IDEM, p. 174.

<sup>649</sup> IDEM, p. 174.

<sup>650</sup> IDEM, p. 176.

<sup>651</sup> BRANDÃO, António José. Ob. cit., 181.

No dizer de Antônio José Brandão, “A hermenêutica jurídica é hermenêutica estilística”.<sup>652</sup> Neste ponto, “o intérprete, ao lidar com o Direito, não pode desprender-se da lei da sua revelação e configuração”.<sup>653</sup>

Há uma caracteriologia histórica do Direito, conducente à definição de tipos, que mais não são do que tipos estilísticos. E essa caracteriologia pede uma hermenêutica que subordine o uso dos meios técnicos de interpretação jurídica a compreensão do ambiente e da situação históricos em que o Direito foi manifestado e subsiste.<sup>654</sup>

Ninguém parece duvidar de que, neste sentido, o Direito caminha com certa defasagem temporal em comparação com as demais áreas das ciências culturais, já que “As aspirações, as tendências da época e de um povo, antes de chegarem ao Direito, irrompem na Religião, na Arte, na Economia”,<sup>655</sup> de sorte que a juridicização dos estilos culturais em geral demanda elevado grau de convencionalismo no sentido de fixar quais, entre os estilos gerais, são conversíveis em estilos jurídicos, ou seja, “saber se as políticas sociais contêm direitos e elementos de justiça, ou não contêm nenhum deles, excede aos limites das suas definições”.<sup>656</sup> É problema vinculado à consensualidade, tanto que Norberto Bobbio veio afirmar que o consenso é um dos modos justificadores da avaliação jurídica, “o que significa que um valor é tanto mais fundado quanto mais é aceito”.<sup>657</sup>

Com o argumento do consenso, substitui-se pela prova da intersubjetividade a prova da objetividade, considerada impossível ou extremamente incerta. Trata-se, certamente, de um fundamento histórico e, como tal, não absoluto: mas esse fundamento histórico do consenso é o único que pode ser factualmente comprovado.<sup>658</sup>

A realização do direito, por conta de sua genialidade, parece contrapor-se ao seu estilo teórico. Mas tal aparência pode e deve ser superada pela via de sua consensualidade, não sendo de excluir-se, portanto, genialidade nem estilo, na abrangência específica do direito. Ou, por aspectos diferentes mas não opostos, aceitando-se que o probabilismo e o convencionalismo caminhem lado a lado.

---

<sup>652</sup> IDEM, p. 183.

<sup>653</sup> IDEM, p. 183.

<sup>654</sup> IDEM, p. 183.

<sup>655</sup> IDEM, p. 184.

<sup>656</sup> VIEIRA, Evaldo. **Os direitos e a política social**. São Paulo: Cortez, 2004, p. 12.

<sup>657</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 27.

<sup>658</sup> IDEM, p. 27.

### 3. 5. Institucionalidade e unidade jurídicas

Não sendo possível impedir a ocorrência não desejada ou impor que aquela pretendida ocorra, a coerção, através da sanção, eleva situações do tipo a *status* análogo ao da necessidade. Para tanto, mostra-se necessário institucionalizar o problema *sub examinem*, atribuindo-lhe vocábulo de comunicação com um novo significado.<sup>659</sup>

O problema institucional demanda precedência classificatória e qualificadora do objeto de debate, sendo permeado, no ambiente social, geralmente pela oposição normal e anormal, mas, por outro lado, equilibrando o nominalismo e o realismo, próprio, respectivamente, ao historiador e ao filósofo. Émile Durkheim adverte que enquanto para o historiador “as sociedades constituem individualidades heterogêneas, incomparáveis entre si”,<sup>660</sup> para os filósofos, “ao contrário, todos esses agrupamentos particulares, que chamamos tribos, cidades, nações, não são mais que combinações contingentes e provisórias sem realidade própria”.<sup>661</sup>

Após dizer que “A instituição por vezes foi entendida como um conjunto de normas que regulam a ação social (exatamente como faz Durkheim)”,<sup>662</sup> Nicola Abbagnano prossegue para afirmar que a instituição, de um modo geral, localiza-se em “qualquer atitude suficientemente recorrente num grupo social”.<sup>663</sup> Apesar disto, afirma ainda Abbagnano, a finalidade da institucionalização “é tornar a linguagem mais concisa, discutir uma coisa desconhecida ou enganar o interlocutor ou permitir-lhe responder facilmente às objeções”.<sup>664</sup> Neste sentido, diz Abbagnano, a instituição

---

<sup>659</sup> Veja-se, a respeito disto, o exposto por Nicola ABBAGNANO. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 725.

<sup>660</sup> DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 77.

<sup>661</sup> IDEM, p. 77.

<sup>662</sup> ABBAGNANO, Nicola. Ob. cit., p. 571.

<sup>663</sup> IDEM, p. 571.

<sup>664</sup> IDEM, pp. 570-571.

constitui-se em obrigação,<sup>665</sup> demandando, portanto, unidade, no sentido de uno por acidente,<sup>666</sup> em sua espécie definitiva (comunicacional, não-susbtancial).

Perceptível aqui, que não pode ser confundida a unidade, fato de ser uno, com unicidade, fato de ser único, ou com união, fato de estar unido. André Comte-Sponville explica esta questão, pressupondo unidade às demais, nos seguintes termos:

Não haveria *um único*, ou este não poderia ser pensado, se primeiro não houvesse *um*. Mas tampouco haveria pluralidade, nem portanto união: não haveria *vários* se primeiro não houvesse *um*, e mais *um*, e mais *um* ... É por isso que podemos contar nos dedos: porque cada dedo é um. “O plural supõe o singular”, escrevia Leibniz: não haveria vários seres se não houvesse várias vezes um ser. E “o que não é verdadeiramente *um ser*”, ele prosseguia, “tampouco é verdadeiramente um *ser*”. Assim, a unidade é primeira, ao menos para o pensamento.<sup>667</sup>

Tal se dá, afirma Francesco Carnelutti, pela necessidade de as coisas serem vistas por inteiro, e, na sua pluralidade, vistas juntas,<sup>668</sup> o que nem sempre é materialmente possível. Neste momento da questão, diz Carnelutti, passa-se da organização para a instituição, “nome técnico que se dá àquela espécie do gênero *combinação*, que é precisamente a combinação<sup>669</sup> sociológica distinta da combinação biológica, que é o organismo, e da combinação física, que é o mecanismo”.

Indo diretamente ao direito, a sua institucionalidade significa “que a realidade do Direito não é o homem singular, e sim a instituição, é dizer, sua realidade e sua complexidade”.<sup>670</sup> Ainda por Carnelutti,

Verdadeiramente, entre a concepção normativa e a concepção institucional do Direito, há a mesma diferença que entre a representação da Terra em superfície e em volume; o que aparece ao *lado* está, às vezes, *em outra parte*. O tormento, ou melhor, a impossibilidade é a de ter que estar *nas duas partes*. Não digo isto só para

---

<sup>665</sup> IDEM, p. 571.

<sup>666</sup> Diferentemente do *uno por si* aristotélico.

<sup>667</sup> COMTE-SPONVILLE, André. Ob. cit., p. 609.

<sup>668</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do direito**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 47.

<sup>669</sup> IDEM, p. 48.

<sup>670</sup> IDEM, p. 49.

os cientistas, mas também para os técnicos do Direito. Se esse raciocínio traz à mente de alguém o problema do juiz único ou colegiado, tanto melhor.<sup>671</sup>

Resolvendo-se no e pelo Estado, o direito, como instituição, demanda unidade por submeter “a todos os membros do Estado, não só ao que manda, mas também ao que é mandado, não só ao que julga, mas também ao que é julgado, não só ao que castiga, mas também ao que é castigado”.<sup>672</sup>

A abrangência jurídica envolve uma multiplicidade de institutos ordenados, ordenação que consiste em sua unidade, designada, necessariamente, por ciência do direito. Ainda Carnelutti:

A unidade da ciência do Direito, como a de todas as ciências, quebra-se necessariamente, na pluralidade dos cientistas. E porque a obra coletiva se desenvolve segundo o princípio da divisão do trabalho, a *unidade da instituição* se resolve na *pluralidade dos institutos*. (...). Em suma, o Direito por fragmentos não é o Direito, e sim uma parte do direito; e a realidade da parte exclui a realidade do todo. Isso quer dizer que a decomposição do Direito é um procedimento necessário de nossa ciência; mas pode conduzir a gravíssimos erros, se não for acompanhada do conhecimento de que o que nós observamos é mais o *cadáver do Direito* do que o *Direito vivo*, porque a vida, ou seja, a realidade do Direito, não está em nenhuma parte, senão no todo e em sua unidade. (...). Eis aqui como brota, ao lado da realidade e da complexidade do Direito, o terceiro princípio metodológico que é o de sua *unidade*; desde o ponto de vista da metodologia, isso quer dizer que há que se compadecer do cientista que, tendo sobre sua mesa um fragmento cortado do corpo do Direito para fazer sua análise, se ilude acreditando que aquele fragmento forma um Direito inteiro.<sup>673</sup>

Pela unidade, a multiplicidade é das partes e não do todo. E as diferenças observadas entre as partes compõem multiformidades do todo, algo parecido com “os confins desenhados com várias cores pelo geógrafo no mapa”.<sup>674</sup> “Ocorre que havendo alguém traspassado um desses confins na realidade, se surpreende de não estar em outro mundo; ou também quando chegar ao confim,

---

<sup>671</sup> IDEM, p. 49.

<sup>672</sup> CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit., pp. 49-50.

<sup>673</sup> IDEM, pp. 50-51.

<sup>674</sup> IDEM, p. 29.



não encontre a rede ou o guardião, não se dê conta de havê-lo traspassado”,<sup>675</sup> explica Carnelutti.

Há, pelo que se vê, unidade na institucionalização, bem como a unidade deve ser, para assim ser considerada, de forma institucionalizada, a não ser que sejam abandonados os fundamentos que marcam, tanto a unidade como a institucionalização.

### 3. 6. Onipotência do direito e tutela de direitos

A convivência humana demanda solução do mal (área objetiva) e liberdade (instância subjetiva). A isto, pode-se chamar justiça, elemento teleológico do direito. Em torno da qualidade do mal e de sua eliminação, eis a posição de Leibniz:

Deus não quer, ou não pode, ou pode e não quer, ou não quer nem pode, ou quer e pode eliminar o mal. Se quer e não pode, é impotente; o que Deus não pode ser. Se pode e não quer, é invejoso, o que igualmente é contrário a Deus. Se não quer nem pode, é invejoso e impotente, portanto não é Deus. Se quer e pode – única coisa que convém a Deus –, qual a origem da existência do mal e por que não o elimina?<sup>676</sup>

Abbagnano mencionada que “A solução de Leibniz é a tradicional: o mal não é uma realidade; portanto, a responsabilidade por ele não remonta a Deus”.<sup>677</sup> Nestes termos, careceria o mal de suficiente objetividade, não passando, pois, de não-ser com relação ao bem, ou, no máximo, e conflito interno do bem; ou, subjetivamente, seria “o objeto de aptidão negativa ou de um juízo negativo”.<sup>678</sup> Portanto, marcado o mal – como de resto também o bem – pelo elemento axiológico, já que, na prática, uma coisa ou outra, a depender da atribuição valorativa que sofrer. Kant busca esclarecer esta questão da seguinte maneira:

---

<sup>675</sup> IDEM, p. 29.

<sup>676</sup> LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. Ensaio de teodicéia sobre a bondade de Deus, a liberdade do homem e a origem do mal. Apud: ABBAGNANO, Nicola. Ob. cit., p. 949.

<sup>677</sup> ABBAGNANO, Nicola. Ob. cit., p. 949.

<sup>678</sup> IDEM, p. 638.

O que devemos denominar bem (*gut*), é necessariamente em todo o juízo de um homem sensato em objeto da faculdade de desejar; por outro lado, todo objeto digno de aversão aos olhos do mundo deve ser designado como *böse* (mal) é este, por conseguinte, um julgamento que, além da sensibilidade, requer o emprego da razão. O mesmo ocorre na distinção entre a verossimilhança e a falsidade, entre a justiça e a violência, etc. Podemos todavia denominar um mal (*Übel*) alguma coisa, quando, ao mesmo tempo, todos devam declará-la, umas vezes mediata e outras imediatamente como um bem (*Güte*); por exemplo, quem suporta uma operação cirúrgica, experimenta isso como um mal (*Übel*) mas ele próprio e todos serão unânimes sem proclamar que se trata de um bem (*Güte*). Pelo contrário, se alguém se diverte molestando aos outros e ao fim de um certo tempo lhe é ministrada uma sova de pau, este fato constitui sem dúvida alguma para ele um mal (*Übel*) mas todo mundo o aplaude, considerando-o bom (*gut*); contudo, o mesmo que recebeu as pauladas, logo após, diante da sua própria consciência, reconhecerá que a sova lhe foi ministrada merecidamente, porque com isso se põe rigorosamente em prática a proporção entre o bem-estar e a boa conduta que a razão lhe apresenta.<sup>679</sup>

Destarte, o mal deve ser tido como decorrendo da vontade, modos que fundado na liberdade, categorizada em patamar mais elevado que as denominadas categorias da natureza.

O homem não se escraviza ao mal, tampouco ao bem. Quando essa liberdade é de ordem social ou política, compreende a autonomia ou independência, consistentes “na possibilidade de reger seus próprios destinos, sem a interferência de outras comunidades”.<sup>680</sup> Assim, “Nos indivíduos que integram uma comunidade, essa autonomia ou independência consiste primordialmente não em furtar-se à lei, mas em proceder de acordo com as *próprias* leis, isto é, as leis do próprio ‘Estado’ ou da ‘cidade-estado’.”<sup>681</sup>

A liberdade de conduzir-se pelo bem ou pelo mal coloca o ser humano no composto da convivência social, boa ou ruim. Para o bem, para a boa convivência, podem ser pensados três níveis de convivência: uma delimitada pela consciência, constituindo a disciplina ética; outra submetida à censura, fundamentada pela moral; ou, ainda, submetida à coerção estatal, chamando-se a

---

<sup>679</sup> KANT, Emmanuel. **Crítica da razão prática**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 2001, p. 65.

<sup>680</sup> MORA, José Ferrater. Ob. cit., p. 408.

<sup>681</sup> IDEM, p. 408.

esta direito. Na insuficiência ética e moral, mostra-se – ou, pelo menos, pretende-se – o direito como espécie de repositório máximo, absoluto, para o bem-viver.

O direito, assim considerado, eleva-se à onipotência, tudo podendo, ou tudo dele sendo esperado, no que se refere à convivência humana. E tal se dá, para Kant, espontaneamente, através da legislação e da ação, o que equivale dizer, por sua disponibilidade tuteladora.

É, pois, pela tutela que o direito se apresenta como liberdade, assim em dois momentos, um quando de sua tutelação por via normativa (tutela material), outro na sua efetivação (tutela instrumental). A partir disto, pode-se observar uma dupla característica no direito: a sua onipotência no sentido de ser o último esteio para a convivência humana (quando os critérios éticos e morais não forem suficientes, espera-se que o direito o seja), tudo então parecendo poder resolver, e, por outro lado, o seu limitar-se a tutelar as disposições firmadas ética e moralmente pelos embates políticos no seio da sociedade, já que, neste ponto, há que ser considerada a dupla polaridade racional do direito, ou seja, que a sua formulação estabelece a idéia de liberdade do modo antagônico.

Porque o homem é livre, vale dizer, porque o homem é um ser racional, é o único que deve ser considerado fim em si mesmo, já que a finalidade da razão voltando-se a si mesma, é o ato moral que encontra o seu fundamento na idéia de liberdade de todo ser racional. Uma vez considerado como fim em si mesmo, o ser racional deverá ter em conta, sempre, que o outro ser racional é também livre e deve ser tratado como fim em si mesmo (pensa) e nunca como meio (coisa).<sup>682</sup>

E assim é pela necessidade teleológica de, na sua onipotência tuteladora, o direito considerar a igualdade ao lado da liberdade. “A liberdade, que é direito fundamental de cada um, só pode ser garantido na sociedade civil e, portanto, é preservada a liberdade de todos”.<sup>683</sup> A isto, chama-se justiça, razão teleológica do direito, que, conjugando liberdade e vontade, o onipotencializa para tutelar as estipulações politicamente firmadas, tanto no sentido universal (direito natural) como no âmbito delimitado (direito estatal), seja pela característica de potencialidade tutelatória (dever-ser) como pela aptidão a concretude (tutela jurisdicional).

---

<sup>682</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 244.

<sup>683</sup> IDEM, p. 245.

Partindo disto, “o conceito de direito não pode ser buscado no empírico e nem através da razão especulativa, mas deve ser objeto de consideração no âmbito da razão prática”.<sup>684</sup> Sem a capacidade tutelatória, o direito não sai da potencialidade; prender-se somente à capacidade tutelatória, perde-se a sua essencialidade de vista.

A pergunta é *quid sit ius*? E não mais *quid sit iuris*? Sua resposta está não nos princípios empíricos (do direito positivo) mas nos princípios a priori da razão pura (prática). Falta aos juristas, que se contentam em conhecer o direito positivo, o núcleo do direito, por isso sua ciência se assemelha a uma bela cabeça – sem cérebro, entretanto.<sup>685</sup>

A onipotência do direito só se logra observar se, também, levar-se em conta a sua condição tutelatória em sentido material (coação como *ratio essendi*) e a sua efetividade (*ratio existendi*). É que, onipotência tem o significado de poder-possibilidade, e, nestes termos, “A efetividade do direito dada pela coação tem seu fundamento no poder, enquanto força a serviço da razão (ou da liberdade)”.<sup>686</sup>

---

<sup>684</sup> IDEM, pp. 269-270.

<sup>685</sup> IDEM, p. 270.

<sup>686</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. Ob. cit., p. 277.

## Capítulo IV – DIREITO, PROCESSO E TUTELAS DE URGÊNCIA

### 4. 1. Direito e razão prática

O sistema jurídico, salienta Robert Alexy, perpassa necessária generalidade principiológica e indiscutível normatividade positivista, mas, por outro lado, se insere como ciência argumentativa. Nestes termos, forçoso reconhecer o elevado grau de racionalidade a que se submete o direito.

Ocorre que, de aptidão eminentemente concreta, apresenta-se o direito por uma razão prática que, ainda no dizer de Alexy, o encaminha a uma opção desejável, denominando-a de resposta correta. E tal se dá pela via procedimental.

A questão da racionalidade da fundamentação jurídica leva assim à questão da possibilidade de fundamentar racionalmente os juízos práticos ou morais em geral. (...). Certamente não são possíveis teorias morais *materiais* que para cada questão prática permitam extrair com segurança intersubjetivamente concluinte precisamente uma resposta, e sim que são possíveis teorias morais *procedimentais* que formulam regras ou condições da argumentação ou decisão prática racional. Uma versão

especialmente prometedora de uma teoria moral procedimental é a do discurso prático racional.<sup>687</sup>

Pode-se, é verdade, acusar esta posição de ficcional, mas, ainda que tal se admita, não será isto motivo desmerecedor da indicação feita. De acordo com Gilles Létourneau, se para algo a ficção é prejudicial, para outras, entretanto, é inegavelmente útil, como por exemplo para o direito, elevando-o à onipresença que dele quase sempre é reclamada.

Esperamos ter destacado a frequência e a importância da ficção no seio do sistema jurídico. Gostaríamos de lhes deixar a reflexão de Bentham que, como acentuamos inicialmente, não considerava as ficções: Dito por todas as pessoas, a proposição deliberadamente falsa conduz a uma falsidade. Pronunciado por um juiz em exercício profissional, ela se chama uma ficção judiciária. A ficção é tão útil à justiça quanto a trapaça o é para o comércio.<sup>688</sup>

Embora se veja, desde Roscoe Pound, uma teleologia jurídica que subsume o direito a propósitos ideais denominados justiça, eis que essa mesma justiça se concretiza por práticas, dentre as quais a judiciária, isto é, por uma razão prática submetedora do fato à regra de direito. Ou, se preferirmos, no que se convencionou chamar de realismo jurídico.

Após afirmar que “a justiça legislativa é incerta, desigual e caprichosa”,<sup>689</sup> e que os julgamentos administrativos padecem da falta de controles para a ação arbitrária, tendenciosa e extrajurídica, se não ilegal (no sentido de falta de acordo com os direitos dos indivíduos)”,<sup>690</sup> Roscoe Pound sugere que

---

<sup>687</sup> ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Fontanamara, 2002, p. 22. No original consta: “La cuestión de la racionalidad de la fundamentación jurídica lleva así a la cuestión de la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios prácticos o morales en general. (...). Ciertamente no son posibles teorías morales *materiales* que para cada cuestión práctica permitan extraer con seguridad intersubjetivamente concluyente precisamente una respuesta, pero sí que son posibles teorías morales *procedimentales* que formulan reglas o condiciones de la argumentación o decisión práctica racional. Una versión especialmente prometedora de una teoría moral procedimental es la del discurso práctico racional”.

<sup>688</sup> LÉTOURNEAU, Gilles. Les fictions en droit public. In: GENDRAU, Isolde (Coord.). **Les fictions du droit**. Montreal: Thémis, 2001, p. 22. No original: “Nous espérons avoir souligné la fréquence et l’importance de la fiction au sein de l’appareil juridique. Nous aimerions vous laisser sur une réflexion de Bentham qui, comme nous l’avons souligné au tout début, ne prisait pas les fictions: *Prononcé par toute personne, un propos délibérément faux s’appelle une fausseté. Prononcé par une juge en exercice, il s’appelle une fiction judiciaire. La fiction est aussi utile à la justice que l’escroquerie l’est au commerce*”.

<sup>689</sup> POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**: autoridade proeminente em Direito resume a confiança que tem na justiça dos tribunais em comparação a órgãos substitutos. São Paulo: IBRASA, 1976, p. 73.

<sup>690</sup> IDEM, p. 85.

Sempre se objetou à justiça judiciária ser demasiado rígida, inflexível; confia demais na regra e não concede margem suficiente à consciência não jurídica quando determina ou aplica a lei. (...). Têm-se formulado, igualmente, objeções às premissas empregadas na justiça judiciária. Sustenta-se que são demasiado estreitas e pedantes; os pontos de partida para os raciocínios, demasiado fixos, de sorte que a justiça judiciária é muito vagarosa em responder às mudanças do ambiente em que tem de funcionar. (...). A terceira objeção que se formulou contra a justiça judicial é tê-la caracterizado a tendência para reduzir à regra, juntamente com o que exigem as regras, aquilo para que não é praticável estabelecer regras minuciosas. (...). Voltando às vantagens da justiça judiciária, primeiramente em relação à função de declarar a lei tanto quanto à de decidir, vê-se que combina as possibilidades de certeza e flexibilidade melhor do que qualquer outra forma de ministrar justiça. (...). Em segundo lugar, há controles para os juízes que não se aplicam, ou são ineficazes, para os legisladores ou para os funcionários executivos. (...). A terceira vantagem da justiça judiciária está em que os juízes, de modo geral, sustentam a lei contra a excitação ou o clamor. Assim o fazem devido ao treinamento na aplicação da lei, ao hábito de procurar aplicar os princípios sempre que são chamados a agir, e por saberem que suas decisões serão preservadas de forma permanente e estarão sujeitas a crítica hábil no futuro tanto quanto à crítica popular no presente.<sup>691</sup>

Nestes termos, é de concluir que o direito, na sua realização, opta por uma racionalidade prática de proeminência jurisdicional, notadamente por se permitir, no âmbito judicial, a coexistência de conflituosidades, bem como a delimitação, e, ao mesmo tempo, a expansão e a multiplicidade de papéis e de atores envolvidos. É por conta disto que Niklas Luhmann percebeu que “os procedimentos judiciais constituem-se pela diferenciação, pela consolidação dos limites frente ao meio ambiente”.<sup>692</sup> E explica:

Diferenciação não quer dizer isolamento causal ou comunicativo. Os tribunais não são prisões. Trata-se antes de construir para si próprio um ambiente intelectual, de forma a que os processos seletivos de elaboração de informações do meio ambiente possam ser orientados por regras e decisões próprias do sistema, portanto, que estruturas e acontecimentos do meio ambiente não sejam automaticamente válidos no sistema, mas sim que só possam ser reconhecidos após filtragem de informações. A diferenciação só pode, pois, ser realizada pelo estabelecimento autônomo do

---

<sup>691</sup> POUND, Ob. cit., pp. 91 *usque* 95.

<sup>692</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980, p. 53.

procedimento judicial e avança tanto quanto as possibilidades de decisão do sistema.<sup>693</sup>

Se para Roscoe Pound o direito não se compraz unicamente com uma racionalidade teórica – o que conduziria a teoria jurídica a algo permeado por, no máximo, uma razão prático-teórica – na medida em que demanda concretude, de acordo com Niklas Luhmann tal se dá pela via judicial, já que é nesta que o procedimento, como instrumento legitimador de tal racionalidade, aprimora-se a ponto de elaborar os seus próprios critérios decisórios (autopoiese jurídica), e, mo que se refere ao meio ambiente em que atua, exercendo filtragem necessária para uma melhor assimilação de conceitos extrajurídicos (alopoiese jurídica), programando os fins desejados e condicionando os próprios instrumentos programáticos.

Os programas finalísticos partem dos resultados desejados e daí procuram, considerando as condições secundárias, encontrar os meios próprios; são racionalizados através do cálculo da rentabilidade. Nos programas condicionais as premissas de decisão têm, em contrapartida, a forma de causas de informações, que estão em condições de resolver determinadas decisões, sempre que estejam presentes. Tratam-se, portanto, de programas de “se/então” e esses programas são racionalizados sobretudo através do trabalho de elaboração de conceitos jurídicos. Enquanto que os programas finalísticos estão orientados para o futuro, os programas condicionais têm que ver com fatos passados. A vinculação e concatenação de programa permite, daí, uma coordenação de futuro e passado.<sup>694</sup>

A partir da noção de racionalidade prática como programação do direito em direção ao futuro, no sentido de previsibilidade (finalístico, portanto) ou em direção ao passado, como experiência histórica (condicionais, como se vê), é que se mostra aceitável a idéia de direito temporalizado, é que se pode pensar em uma temporalidade jurídica e uma temporalização do direito a partir de um realismo de qualidade e quantidade tais que não deixe – ou deixe poucas – margens a questões como indecidibilidade, por exemplo. OU, indo-se pela teoria comunicacional, refugindo do indizível, ou do ininteligível, ou do inassimilável. Andrew Reck traz, da filosofia de Arthur Lovejoy, a noção de que a razão prática reclama uma postura realista e esta uma racionalidade não idealista, pouco pragmática e despreocupada

---

<sup>693</sup> IDEM, p. 53.

<sup>694</sup> LUHMANN, Niklas. Ob. cit., p. 110.



com o evolucionismo, apesar de qualificada por uma temporalidade epistemológica (de um certo modo, uma epistemologia que identifique as coisas-a-serem-conhecidas ou os fatores cognoscendos das coisas já conhecidas, que encontram além do conhecedor, a cognoscibilidade que o próprio ato de conhecer traz consigo) e psicofisicamente (os dados do mundo físico são formatados racionalmente) dualista. “O dualismo psicofísico surge do dualismo epistemológico quando dados são fornecidos à mente e *cognoscenda* m relação ao mundo físico”.<sup>695</sup>

Se a todo processo do conhecimento se dá o mesmo, também no direito há que ser assim. Logo, a concretização do direito acontece por uma razão prática.

Depois de indagar se “Existe par todo caso jurídico uma única resposta correta?”,<sup>696</sup> Robert Alexy nos remete a uma teoria procedimental de resolução prática para o direito, por entender que

O ponto decisivo aqui é que os respectivos participantes em um discurso jurídico, se suas afirmações e fundamentações hão de ter um pleno sentido, devem, independentemente de se existe ou não uma única resposta correta, elevar a pretensão de que sua resposta é a única correta. Isto significa que devem pressupor a única resposta correta como idéia regulativa. A idéia regulativa da única resposta correta não pressupõe que exista para cada caso uma única resposta correta. Só pressupõe que em alguns casos se pode dar uma única resposta correta e que não se sabe em que casos é assim, de maneira que vale a pena procurar encontrar em cada caso a única resposta correta.<sup>697</sup>

A razão prática, de vocação nitidamente procedimental, não parece mesmo ficar nos aspectos da validade, indo, também, ao sentido conceitual do direito, já que na sua prática o direito se apresenta discursivamente. Não sendo assim, permite-se o que Franz Josef Hinkelammert chama de razão utópica, que não se mostra, em si e para os mais atentos, como problema para o realismo (já que

---

<sup>695</sup> RECK, Andrew. **Modernas correntes filosóficas**. Rio de Janeiro: Lidador, 1963, p. 226.

<sup>696</sup> ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos e razón práctica. In: **Revista Doxa**. Nº 5. Alicante: Universidad de Alicante, 1988, p. 7. No original: “Existe para todo caso jurídico uma única respuesta correcta?”

<sup>697</sup> IDEM, p. 24. No original: “El punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener un pleno sentido, deben, independentemente de si existe o no una única respuesta correctam, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto significa que deben presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa. La idea regulativa de la única respuesta correcta presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Solo presupone que en

este trabalha também com a teoria do possível, do concretizável, e na apenas com o concretizado), mas que bem pode permitir legitimações secundárias (mediante polarizações absolutas, lógicas oposicionais e nomologias caóticas para o direito), sacralizações míticas (especificando o direito por uma racionalidade religiosamente dogmática, acrítica) e mimeses cósmicas (atribuindo ao direito uma representação e uma autoridade imperfeitas por conta de critérios grandiloquentes).<sup>698</sup>

A razão prática evita, assim, que o direito admita incoerências prático-teóricas, contradições logicamente internas, no que Paolo Semama chama de coerência jurídica.<sup>699</sup>

#### 4. 2. A fundamentalidade instrumental do direito

Há, digamos, uma certa cumplicidade teórica, no campo do direito, entre os conceitos jurídicos materiais e processuais, em moldes similares ao que ocorre na linguagem com o objeto em relação ao nome que lhe é atribuído, é dizer, entre o conceito e a palavra.

Teoricamente, tal concepção trabalha em duas direções, uma em sentido epistemológico, cuja densidade é medida pela noção de verdade e tem pauta na razão, outra em sentido histórico, mensurado pelos critérios da eficácia e sobressaindo emocionalmente. Ou seja, deve-se pensar em duas bases ontológicas para a compreensão do direito, uma, a do direito material, pertencente à ontologia conceitual das regras de direito, outra, a do direito processual, delimitada por uma ontologia instrumental. António José Brandão vem de afirmar que historicamente o saber, “Como instrumento, pertence à zona ontológica dos meios, dos seres cujo

---

algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta”.

<sup>698</sup> HINKELAMMERT, Josef Franz. **Crítica à razão utópica**. São Paulo: Edições IPaulinas, 1988.

<sup>699</sup> SEMAMA, Paolo. **Linguagem e poder**. Brasília: UnB, 1981, p. 139.

sentido consiste em estar ao serviço de outros seres”,<sup>700</sup> isto após questionar a postura de alguns em não reconhecer a natureza do processo enquanto ser ontologicamente instrumental.

Em seguida à indagação “Não é o processo a mais nobre arma do advogado, aquela cujo manejo lhe permite melhor avaliar a importância e o significado da própria missão?”,<sup>701</sup> António José Brandão chega à concepção de que

No debate contraditório, a que os articulados dão começo, mas que culminam na audiência de discussão e julgamento, o processo é vivido por ele à maneira de luta de corpo a corpo, de troca alternada de golpes com o adversário, em que põe à prova a experiência judiciária, o conhecimento da lei e da doutrina, a argúcia e o espírito de decisão. Desse modo se habitua a considerar o processo e a lidar com ele como meio de obter a proteção ou efetivação jurisdicional dos direitos subjetivos confiados à sua guarda.<sup>702</sup>

Bem a propósito a noção de que não há confundir-se conhecimento comum, que emerge da prática cotidiana, e conhecimento científico, suscitando uma teoria que o depure cognitivo-conceitualmente. No primeiro caso, pode-se dizer, objetivamente; no segundo, subjetivamente.

No caso do direito processual, diz-se adjetivo por instrumentalizar, na prática, as regras de direito, o direito material. Ainda segundo António Brandão, o direito processual tem, como direito adjetivo, uma característica peculiar na medida em que, “aqui, o adjetivo retira a sua importância, não de uma função qualificadora do substantivo, mas de uma função protetora dele”.<sup>703</sup> Sendo assim,

Pressupõe o direito processual a vigência de um direito não-processual susceptível de ser violado; pressupõe, ainda, periódicos desfalecimentos da consciência jurídica, causa geradora da situação anormal, conhecida por “situação contenciosa”, em que os direitos subjetivos ficam reduzidos à mera pretensão, à sua efetiva proteção judicial. Por isso a sua verdadeira dimensão funcional e teórica supreende-se na relação entre a prática dos atos, que lhe servem de conteúdo, e o fim a atingir por eles:

---

<sup>700</sup> BRANDÃO, António José. Um livro póstumo de Ernst Cassirer: o mito do Estado. In: \_\_\_\_\_. **Vigência e temporalidade do direito e outros ensaios de filosofia jurídica**. Volume II. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2001, p. 119.

<sup>701</sup> IDEM, p. 72.

<sup>702</sup> IDEM, p. 119.

<sup>703</sup> BRANDÃO, António José. Ob. cit., p. 72.

a supressão da situação contenciosa mediante a solene reafirmação da vontade concreta expressa pela lei.<sup>704</sup>

Em seguida à noção, portanto, de que “o direito processual não é tão instrumental como se julgava, nem tão adjetivo como se afirmou”,<sup>705</sup> António Brandão chega à conclusão de que o direito processual

Não é tão instrumental: pois, com efeito, as funções cujo desempenho regula, formam uma das instâncias de criação do ordenamento jurídico positivo, naquela parte dele que compreende normas individuais e concretas. Não é tão adjetivo: pois, com efeito, a atividade disciplinada por ele tem precisamente por fim “substancializar” mais o direito substantivo – e de tal sorte que, obtida a declaração jurisdicional deste, passa a ser possível a intervenção sub-rogatória do Estado, com o fim de substituir pela sua força coercitiva a vontade do devedor remisso.<sup>706</sup>

E transcreve três concepções alcançadas por Luís Cabral de Moncada acerca do direito processual como parte não meramente instrumental e como elemento não apenas adjetivador do direito material, nos seguintes termos:

1 – *Uma concepção individualista (atomista) da ordem jurídica em geral.* O processo é um mero dispositivo ao serviço dos interesses individuais. A ação ou é um elemento do próprio direito privado ou um elemento acessório que vem juntar-se-lhe de fora e, junto, passa a participar da índole privatística deste. Muito embora possa ser um direito autônomo, distinto do privado, contudo... *nihil aliud est quam jus perseguendi iudicio quod sibi debetur*. Por isso, a construção jurídica teórica da ação, que se torna aqui mais adequada, é, ideologicamente, a dos “direitos subjetivos públicos dos particulares em face do Estado”. O indivíduo tem um direito à ação. O Estado é obrigado a emprestar ao indivíduo a máquina da sua tutela jurídica, a atividade dos seus órgãos judiciais, para este fazer com eles o que lhe apetecer dentro dos limites do direito formulado. Chama-se também a esta doutrina a do *jusprivatismo* do processo e ao princípio que a inspira o *princípio dispositivo*.

2 – *Uma concepção política liberal do Estado.* O indivíduo acha-se dotado de direitos naturais originários, para cuja tutela aquele fundamentalmente existe, exercendo antes de tudo uma função policial de segurança. O interesse público está reduzido ao mínimo. O Estado, assim como na ordem econômica e política, também na jurídica privada e processual limita-se ao papel de mero árbitro na luta dos interesses privados, conduzidos pela liberdade e autonomia da vontade das partes,

---

<sup>704</sup> IDEM, pp. 72-73.

<sup>705</sup> IDEM, p. 73.

<sup>706</sup> IDEM, p. 75.

contentando-se com que haja simplesmente ordem dentro das regras do respectivo jogo. É ao que se chama também uma concepção *duelística* do processo.

3 – *Uma concepção mais profunda, que está na base das anteriores, e a que podemos finalmente chamar abstratista ou de lógica abstrata (em oposição a uma concepção totalista-concreta e dialética) no modo de conceber as relações entre o indivíduo e a coletividade.* O indivíduo é, segundo ela, o único ser com uma objetividade própria e a sociedade, que na ordem lógica não passa de uma abstração, não é também na ordem política e jurídica senão um conceito-limite, funcionando como simples critério de limitação dos interesses e direitos de uns em proveito de uma harmonia dos interesses e direitos de todos.<sup>707</sup>

Como se vê, o processo bem pode ser entendido como a atuação concreta das regras de direito, a efetivação dos direitos subjetivos, “Daí o alargamento dos poderes de iniciativa e de direção do juiz, a concepção ativista da sua tarefa, a preferência pelo critério da verdade material, etc”.<sup>708</sup> Há, na lembrança do professor António Brandão, uma tendência totalizante do direito (didaticamente fracionado em direito material e direito processual), atribuindo ao direito processual dimensão do próprio direito material, parte de um todo separável apenas por se referir, como toda parte de um todo, elemento distinguível de outras partes que forma, também, esse todo. Interessante, neste sentido, o que professou em soneto Gregório de Matos:

O todo sem a parte não é todo. A parte com o todo não é parte.

Mas se a parte o faz todo, sendo parte.

Não se diga que é parte, sendo todo.<sup>709</sup>

Não se pretende, com isto, retorno à fase pré-científica do direito processual, quando, por imanência, o direito não iria além de mera sucessão de atos, a jurisdição não sairia de simples sistema para a tutela de direitos e a ação seria o próprio direito lesado, com evidente “confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal”.<sup>710</sup> Impõem-se, isto sim, preocupações que sigam para além da concepção didático-conceitual de autonomia do direito

---

<sup>707</sup> MONCADA, Luís Cabral de. Apud: BRANDÃO, António José. Ob. cit., pp. 74-75.

<sup>708</sup> BRANDÃO, António José. Ob. cit., p. 75.

<sup>709</sup> MATOS, Gregório de. Ao braço do menino Jesus, quando apareceu. In: \_\_\_\_\_. **Poemas satíricos**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 102.

<sup>710</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 18.

processual, sob pena de incorrer-se em exagerado e inútil formalismo, com a visão aristotélica de oposição entre forma e matéria, ultrapassando as instâncias de necessária e conveniente formalidade para inserir em tudo, ou quase tudo, proeminência da forma em sentido estrito e não nos termos do observado por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, formalismo como forma em sentido amplo, que se funda na necessidade de um devido processo legal formatador da ordem para o processo e como garantia para os litigantes.<sup>711</sup> Mencionado processualista tem razão, nos termos de sua abordagem, estando o formalismo processual para conter, político-judicialmente, a atuação dos envolvidos no processo, notadamente o juiz. Mas o aqui abordado guarda certo distanciamento do por ele dimensionado. É que, enquanto para sobredito processualista “A garantia do devido processo legal atua principalmente de modo negativo e não autoriza o órgão judicial a descumprir o direito positivo processual”,<sup>712</sup> o que está sendo aqui sustentado é uma plasticidade das regras de direito processual que permita um devido processo legal substantivo.

Como o direito deve servir ao homem, o processo deve servir ao direito. E não o contrário, como parece óbvio. A isto, é possível designar como elemento ínsito aos três aspectos do acesso à justiça: acesso ao judiciário, acesso ao direito e acesso à adequada procedimentalidade, todos perpassados por elemento homogeneizador que é a ética.

Nos termos em que se encontra, o direito processual timbra por um condão ideológico<sup>713</sup> do pré-julgamento que, quase sempre, distorce, deliberadamente ou não, a realidade. Estudo interessante acerca desta questão foi realizado por Ovídio Baptista, apontando a demanda plenária, do processo de conhecimento, como elemento ideologicamente posto para neutralizar o julgador, mesmo diante da necessidade de efetivação do direito, até que, de modo plenário, conclua pela situação-ídolo denominada como declaração-descoberta da vontade da

---

<sup>711</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 7. Há, para mencionado processualista, um necessário formalismo processual. “O formalismo processual contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário”.

<sup>712</sup> IDEM, p. 223.

<sup>713</sup> Utilizado como um ídolo, substituindo ao direito material no mesmo sentido teológico de substituição de Deus.

lei, do juízo de certeza, quando, “Ao contrário dessa ingênua ilusão, o juiz começa a formar seu convencimento desde o primeiro momento em que a causa lhe é atribuída”,<sup>714</sup> modos que “Seu julgamento muitas vezes está formado já no momento em que se encerra a fase postulatória”.<sup>715</sup>

Dirão, os que proclamam as virtudes do *procedimento ordinário*, que os juízos que o magistrado fizer, antes do completo encerramento da causa, serão baseados em verossimilhança, porquanto lhe faltariam as informações capazes de permitir-lhe um juízo de certeza. A objeção, porém, por si só se anula. Se o *procedimento ordinário* desse ao julgador as condições de conhecer – com certeza – a “vontade da lei”, então não teríamos como justificar o número extraordinário de recursos contra esse julgamento e menos ainda justificar a descoberta de outra “vontade da lei”, nos casos em que o tribunal do recurso venha a reformar a sentença.<sup>716</sup>

Pode-se ir adiante. Além do duplo grau de jurisdição, testificam a superficialidade (no sentido material, de concretude) do juízo alcançado ao final do procedimento ordinário as técnicas de sumarização (do procedimento, da cognição e das provas), elemento de combate à ideologia da ordinariedade.

Nestes termos, não é, de fato, a forma processual que o justifica, mas sim o alcance teleológico de suas proposições, quais sejam, aquelas todas e somente aquelas adequadas e necessárias para que sejam efetivadas as regras de direito. A isto se pode chamar de instrumentalidade-efetivação, ou, como de larga utilização, devido processo substancial.

Ruitemberg Nunes Pereira estudou o tema histórico-conceitualmente, enxergando o devido processual legal substantivo “como instrumento de proteção ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais”<sup>717</sup> na medida em que animado por um juízo de adequação, é dizer, estruturado segundo a necessidade de efetivação do direito material. Neste sentido, de fato, traduz-se o direito a um processo adequadamente conveniente e necessário à efetivação do direito material como direito fundamental à jurisdição, como, estrita e coerentemente, dicção do direito, no sentido de que

---

<sup>714</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 27-28.

<sup>715</sup> IDEM, p. 28.

<sup>716</sup> IDEM, p. 28.

Provoca o afastamento da dialética das teorias relativa e absoluta a respeito das normas jusfundamentais em prol de um juízo moderado que possa conciliar o elemento absoluto da intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais com a maleabilidade relativa decorrente de sua indefinição *a priori* e definição decorrente do agir hermenêutico concretizador, com o que se afastam os vícios de uma e outra teoria.<sup>718</sup>

A isto, equivale dizer que a qualidade de instrumento efetivador do direito material, mesmo aquele não-fundamental, tem a qualidade de direito fundamental em si, já que, em matéria de devido processo legal, a sua substancialidade, como instrumento efetivador do direito material, não comporta diálogo com a relativização de sua imposição.

Estando o direito material, mesmo quando elevado a *status* constitucional, caminhando na direção de uma docilidade relativista conveniente a sociedades pluralistas e a épocas de instabilidades conceituais, forçoso concluir pela necessidade de duas vias de minimização das inseguranças disto decorrentes, uma pautada no princípio-logicização do direito material, outra na sua procedimentalização, tanto assim a advertência de Gustavo Zagrebelsky de que “Somente assume caráter absoluto o metavalor que se expressa no duplo imperativo do pluralismo dos valores (no tocante ao aspecto substancial) e a lealdade em seu enfrentamento (no referente ao aspecto procedimental)”.<sup>719</sup>

Tratando o problema do acesso ao processo instrumentalizador da efetivação do direito material, Álvaro Gil-Robles (embora se referindo aos recursos) designa o acesso ao processo com tal qualidade como acesso à justiça.

O direito aos recursos, não obstante, admite modelação quanto à sua extensão por parte do legislador ordinário – não só possível radical desapareção, com independência do campo civil ou penal – e em todo caso, uma vez reconhecido não admite com respeito ao direito à tutela judicial efetiva, de cujo conteúdo essencial faz

---

<sup>717</sup> PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 502.

<sup>718</sup> PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Ob. cit., pp. 502-203.

<sup>719</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madri: Trotta, 1999, pp. 14-15. No original, consta: “Solamente asume el carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental)”.



parte, uma proteção diminuída ou de segundo grau, em relação com o direito de acesso à justiça, porque o acesso ao recurso, é o acesso à justiça”.<sup>720</sup>

David Vallespín Pérez lembra que, no tocante à efetivação do direito como acesso à justiça,

Nosso máximo intérprete constitucional tem optado por sinalizar que este direito fundamental viria a coincidir com aquele direito a um processo que conclui por sentença sobre o fundo, dependendo este último extremo da concorrência de certos pressupostos e requisitos processuais.<sup>721</sup>

A efetivação do direito material conduz, pois, à necessária efetividade da tutela jurisdicional. E esta, a teor do contido no artigo 5º, inciso XXV, de nossa Constituição Federal, resulta, na lição de Luiz Guilherme Marinoni, em direito fundamental no sentido funcional. É que, para o professor paranaense, o princípio da inafastabilidade ínsita na obrigatoriedade do Poder Judiciário em apreciar lesão ou ameaça de direito se insere no plano do direito material, estando o processo como garantidor de sua efetivação, cuja instrumentalidade, como elemento para tanto, se qualifica como inibição ao descumprimento das regras de direito.

Porém, se o processo, diante da natureza de algumas situações de direito substancial, não estiver disposto de modo a viabilizar a outorga da tutela inibitória àquele que a ela tem direito, certamente estará negando o direito fundamental à tutela jurisdicional, preventiva em sentido estrito e efetiva em sentido lato.<sup>722</sup>

A efetividade do processo tem, ainda pelas lentes do professor Marinoni, tripla dimensionalidade, relativas ao procedimento adequado, à participação democrática dos envolvidos na relação jurídica processual e à resposta o mais justa possível do Poder Judiciário, já que “A resposta do juiz não pode ser

---

<sup>720</sup> GIL-ROBLES, Álvaro. **Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 125-126. No original: “El derecho a los recursos, no obstante, admite modelación en cuanto a su extensión por parte del legislador ordinario – no su posible radical desaparición, con independencia del campo civil o penal – y en todo caso, una vez reconocido no admite con respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, de cuyo contenido esencial forma parte, una protección disminuida o de segundo grado, en relación con el derecho de acceso a la justicia, porque el acceso al recurso, es el acceso a la justicia”.

<sup>721</sup> PÉREZ, David Vallespín. **El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil**: conexión entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías. Barcelona: Atelier, 2002, p. 140. No original: “nuestro máximo intérprete constitucional ha optado por señalar que este derecho fundamental vendría a coincidir con aquel derecho a un proceso que concluye por sentencia sobre el fondo, dependiendo este último extremo de la concurrencia de ciertos presupuestos y requisitos procesales”.

<sup>722</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. In: **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**. Volume 28. Curitiba: Gênesis, 2003, p. 304.

comparada a mera norma de proteção, pois é o resultado da participação do indivíduo através dos canais procedimentais adequados à tutela dos direitos”.<sup>723</sup>

Questão das mais importantes, neste aspecto, é definir-se ou não pelo fracionamento do direito fundamental à tutela jurisdicional como direito fundamental ao procedimento adequado, como direito fundamental de participação democrática no processo e como direito fundamental de obter tutela jurisdicional efetivadora do direito material. Admitindo-se – e tal se mostra no mínimo conveniente –, forçoso observar que o exercício de tais direitos fundamentais suscitam, fora do problema subjetivo e objetivo quanto à sua eficácia, dois direcionamentos, um dito em sentido vertical, exercitável perante o Poder Público, outro denominado sentido horizontal, cujo exercício se dá entre particulares em igualdade de posições. Marinoni esclarece que

Não é possível confundir as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais com as suas eficácias horizontal e vertical. A dimensão objetiva é contraposta à dimensão subjetiva e tem por fim explicar que as normas de direitos fundamentais – além de poderem ser referidas a um direito subjetivo – também constituem decisões valorativas de ordem objetiva. Por isso, é possível pensar nas dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais quando consideradas as relações entre o Poder Público e os particulares (eficácia vertical) ou as relações entre particulares (eficácia horizontal). Com efeito, quando se fala nas eficácias vertical e horizontal, deseja-se aludir à distinção entre a eficácia dos direitos fundamentais sobre o Poder Público e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Existe eficácia vertical na vinculação do legislador e do juiz. Há eficácia horizontal – também chamada de “eficácia privada” ou de “eficácia em relação a terceiros” – nas relações entre particulares, embora se sustente que, no caso de manifesta desigualdade entre dois particulares (hipótese de poder econômico-social), também existe relação de natureza vertical.<sup>724</sup>

Claus-Willhelm Canaris desperta para o problema da eficácia dos direitos fundamentais enfrentando os pontos relativos a seus destinatários (somente o Estado, ou também os particulares?), o seu objeto (comportamento público ou também privado?) e a sua função (proibindo intervenções, assegurando direitos de defesa ou garantindo e protegendo direitos?).

---

<sup>723</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 305.

<sup>724</sup> IDEM, p. 300.

No primeiro caso, salienta-se questão da eficácia externa como “eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre os sujeitos de Direito Privado, em oposição ao efeito próprio das relações entre os cidadãos e o Estado”,<sup>725</sup> seja no sentido imediato, onde “os próprios sujeitos do Direito Privado – e não somente o Estado – são destinatários dos direitos fundamentais”,<sup>726</sup> ou no sentido mediato, porquanto, ainda naquelas questões em que o Estado seja destinatário imediato das normas de direitos fundamentais, “elas também produzem efeitos sobre as relações entre sujeitos jusprivatistas”.<sup>727</sup>

Quanto ao seu objeto, os direitos fundamentais, ainda no dizer de Canaris, são constituídos tanto por ato público (edição de regras de direito, sejam elas leis ou sentenças, são exemplo), como por comportamento de particulares (contratos e negócios jurídicos, por exemplo), estes, embora não sendo, no mais das vezes, considerados destinatários dos direitos fundamentais, ainda assim “os direitos fundamentais exercem sua influência nestes casos”.<sup>728</sup>

Enfim, com relação à sua função, os direitos fundamentais, defende ainda Canaris, devem ser designados como “proibições de intervenção e direitos de defesa em relação ao estado”,<sup>729</sup> servindo, portanto, como “controle da constitucionalidade de atos dos particulares”.<sup>730</sup>

Com isto encontramos uma boa explicação teórica para a assim chamada “eficácia externa mediata”, pois não abandonamos a constatação de que o destinatário dos direitos fundamentais é apenas o Estado (já que a este incumbe um dever de proteção nesta seara). Por outro lado, fica simultaneamente claro por que isso afeta outros cidadãos e por que os direitos fundamentais produzem efeitos também nas relações interprivadas, e isto, de certo modo, por via oblíqua: precisamente porque o Estado ou o ordenamento jurídico estão, em princípio, obrigados a proteger um cidadão contra o outro também nas relações entre si.<sup>731</sup>

---

<sup>725</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Tradução de Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 234.

<sup>726</sup> IDEM, p. 235.

<sup>727</sup> IDEM, pp. 235-236.

<sup>728</sup> IDEM, p. 237.

<sup>729</sup> IDEM, p. 237.

<sup>730</sup> IDEM, p. 238.

<sup>731</sup> IDEM, p. 238.

Portanto, considerada a efetivação do direito como, em si mesmo, já um direito fundamental, deixar de tutelar um direito, fundamental ou não, constitui ofensa ao direito fundamental de acesso à justiça, na fração de acesso ao princípio da inafastabilidade. Nestas condições, dirigido o direito fundamental de tutela dos direitos contra o Poder Público, dado o monopólio estatal da atividade jurisdicional, ao menos a sua eficácia externa mediata se impõe aos litigantes. Ou mesmo, no sentido horizontal, já se impondo a estes no que se refere às suas participações nos atos processuais, e aqui, pelo menos, não há falar-se em regra de direito privatista, já que o direito processual tem endereço público. Jörg Neuner professa que não se trata de legitimar o Judiciário para anular a lei, mesmo aquela disciplinadora das atividades jurisdicionais.

Por essa razão, o risco de que a democracia parlamentar venha a transformar-se num Estado Judicial (*Jurisdiktionsstaat*) não deve ser enfrentado por meio de uma redução unilateral dos direitos fundamentais e humanos à função de direitos de defesa contra o Estado, mas já no grau anterior da metódica constitucional, por meio de um fortalecimento renovado geral do princípio da soberania popular. Isso significa, sobretudo, que os direitos fundamentais só podem ser compreendidos, com vistas ao seu objetivo de regulamentação mínima, como diretrizes constituintes definitivas, restringindo por assim dizer apenas e negativo a margem de ação do legislador jusprivatista.<sup>732</sup>

Contra possível colocação de que, mesmo nas atividades processuais, poderia o particular estar desenvolvendo valores tipicamente privados, pelo que se mostraria de difícil qualificação fundamental – sobretudo para os que não aceitam que os direitos fundamentais sejam deduzidos no sentido horizontal, entre particulares – eis que José Carlos Vieira de Andrade traz argumento importante quando informa que os direitos fundamentais sempre contêm valores objetivos, portanto “têm de valer nas relações privadas”.<sup>733</sup> No âmbito do processo, pode-se ainda “aceitar a *liberdade* de atuação individual, mas só desde que não prejudique intoleravelmente a idéia da *dignidade* da pessoa humana”.<sup>734</sup>

---

<sup>732</sup> NEURER, Jörg. O Código Civil na Alemanha e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). Ob. cit., pp. 268-269.

<sup>733</sup> ANDRADE, José Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). Ob. cit., p. 289.

<sup>734</sup> IDEM, p. 293.

Diante disto, caminha o processo, enquanto instrumento de efetivação do direito (seja este fundamental ou não), para a noção de constituir-se direito fundamental de acesso à justiça, e, portanto, impondo-se, enquanto tal, tanto perante o Estado-juiz (sentido vertical) como em face das partes litigantes (sentido horizontal). Neste caso, forçoso reconhecer que, dada a formação triangular do processo, mais que em qualquer outro ponto jurídico será possível identificar, no processo, o que Juan Maria Bilbao Ubillos denomina como difusa fronteira entre o público e o privado, para quem existe, hoje, uma “incontenível vocação expansiva dos direitos fundamentais”.<sup>735</sup>

Pode-se, então, resumir em torno do tema, construindo uma seqüência em que: a) a justiça constitui direito fundamental por se tratar de elemento primordial da igualdade e da liberdade; b) o acesso à justiça, por constituir a efetiva disponibilização da igualdade e da liberdade, também pode ser compreendido como direito fundamental; c) o processo, instrumento objetivo para a efetivação da justiça pode ser inserido no mesmo contexto fundamental.

#### 4. 3. Ôntica e ontologia processual

Não se duvida, de há muito, acerca da dupla planificação do direito dentro de qualquer ordenamento jurídico, pois, ao lado do direito substancial estará sempre o direito processual. Para José Roberto Bedaque,

Enquanto aquele é constituído por um conjunto de normas destinadas a regular os conflitos de interesses de natureza individual ou coletiva, determinando qual deve prevalecer, o direito processual é formado por regras cuja finalidade é garantir que a norma substancial seja atuada, mesmo quando o destinatário não o faça espontaneamente.<sup>736</sup>

Ainda conforme Bedaque, processo e direito não caminham necessariamente juntos. Entretanto, “a afirmação de um direito, de uma relação

---

<sup>735</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). Ob. cit., p. 306.

jurídica substancial, constitui elemento imprescindível do processo”.<sup>737</sup> Equivale dizer que

O direito processual é ciência que tem por escopo a construção de um método adequado à verificação sobre a existência de um direito afirmado, para conferir tutela jurisdicional àquelas situações da vida efetivamente amparadas pelo ordenamento material.<sup>738</sup>

Diante disto, mostra-se imperativo que o processo, sem desobrigar-se como ciência jurídica autônoma, prenda-se ao escopo ético de procura por uma adequada formulação sempre a depender do direito material, tanto que “A regulamentação do processo depende basicamente de concepções filosóficas, políticas e culturais inerentes ao direito material”.<sup>739</sup> Enfim,

A possibilidade de a tutela jurisdicional atuar como afetivo fator de pacificação social depende fundamentalmente da perfeita compreensão a respeito das inúmeras situações da vida sobre que o provimento surtirá efeito. Somente assim poderá o processualista prever tutelas adequadas ao escopo da função jurisdicional.<sup>740</sup>

Sem que seja necessário reduzir a sua dimensão técnica – muito pelo contrário –, eis que o sistema processual assume evidente flexibilização em sua forma por dever ter sempre em conta uma estruturação instrumental eficiente para a efetivação do direito material. “Para ser justo, não pode o processo prescindir das diferentes realidades litigiosas”.<sup>741</sup> Por conta disto é que Bedaque salienta como verdadeira dimensão do processo “a de instrumento voltado para fora do sistema, pois tem o escopo de conferir eficácia a outro direito – o material (jurídico) para a final, atingir seus escopos últimos (social e político)”.<sup>742</sup>

Adaptável às necessidades substanciais do direito, o processo, como instrumento que é para a eficácia efetiva daquele, dá ao direito material o sentido de eficiência que lhe falta para fazer-se valer no campo da efetividade, tanto que “A

---

<sup>736</sup> BEDAQUE, José Roberto. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 10-11.

<sup>737</sup> IDEM, p. 12.

<sup>738</sup> BEDAQUE, José Roberto. Ob. cit., p. 12.

<sup>739</sup> IDEM, p. 19.

<sup>740</sup> IDEM, p. 20.

<sup>741</sup> IDEM, p. 44.

<sup>742</sup> IDEM, p. 50.

formulação de conceitos e regras de processo deve atender à realidade social e às necessidades dos consumidores dos serviços jurisdicionais”.<sup>743</sup>

Fator histórico dos mais relevantes no estudo do direito processual tem sido o relacionado com a sua processão, já que, para além dos interesses que o qualificam (*processio operationis*), o processo sempre trouxe em si a marca de ser um termo (*processio operanti*) externo ao que procura realizar. Como processão operante, o direito processual tanto significou *processo operanti ad intra*, conjugando-se ao direito material e do qual chegou a ser tido como imanente, como, ao depois, significou *processio operanti ad extra*, ao se colocar autônoma e independentemente do direito material, instrumentalizando-o, entretanto.

O não-processualismo se funda na noção de coisa enquanto ser ou substância. Já a corrente processualista toma corpo nas noções de “totalidade, tempo (especialmente duração), funcionalidade e continuidade”.<sup>744</sup>

A filosofia do processo é, portanto, uma “filosofia do organismo”. Mas esse organismo deve ser entendido num sentido dinâmico e não estático, de tal sorte que, então, “cada entidade atual resulta, por si mesma, descritível somente como processo orgânico, descrevendo no microcosmo o que é o universo do microcosmo. (...). Entendeu-se, às vezes, “processo” não só como todo e qualquer “progresso”, mas também todo acontecimento e toda ação. É evidente, nesse caso, que o termo “processo” tem um sentido tão amplo que resulta praticamente ingovernável. Embora os autores “processualistas” nem sempre tenham estabelecido distinções formais entre “processo”, “acontecimento”, “ação”, etc., nos contextos onde apresentam suas “filosofias do processo” destaca-se um uso relativamente bem circunscrito desse termo. Quando há dúvidas, é preciso discernir entre “processo” e “acontecimento” – mesmo considerando-se que um processo compõe-se de uma série de acontecimentos –, e, em todo caso, cumpre distinguir entre “processo” e “ação” – mesmo supondo que toda ação é um processo ou tem um caráter “processual”.<sup>745</sup>

A partir do seu sentido filosófico, necessário observar o sentido jurídico de processo, para vê-lo como instrumento de progresso ou não. De modo simplificado, mas significativo, Vicente Greco Filho já entendia que

---

<sup>743</sup> IDEM, p. 54.

<sup>744</sup> MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 589.

<sup>745</sup> IDEM, p. 590.

O processo é uma entidade complexa que apresenta dois aspectos: o intrínseco ou essencial e o exterior. Na essência o processo é a relação jurídica que se instaura e se desenvolve entre autor, juiz e réu; na exteriorização o processo se relaciona como sucessão ordenada de atos dentro de modelos previstos pela lei, que é o procedimento. Essência e exterioridade, porém, são inseparáveis.<sup>746</sup>

Diante dessa noção de que o processo se compõe de essencialidade e exterioridade, necessário chegar à sua estrutura, nos sentidos estático e dinâmico. Francesco Carnelutti se refere ao processo como situação e relação (estática) e como ato e procedimento (dinâmica), podendo este último sentido ser compreendido por ação.

Por André-Comte Sponville é possível observar que a ação é “um efeito da vontade” e que “Nem uma vontade sem efeito é ação, nem um efeito sem vontade o é”.<sup>747</sup> Assim,

Uma ação sempre supõe um sujeito, com seu corpo e sua história, mas toda vontade é determinada antes de ser determinante. É por isso que nenhuma ação é livre, absolutamente falando, apenas mais ou menos libertada dos condicionantes e das determinações exteriores. Mas é possível ela se libertar totalmente: Parece que o pensamento às vezes consegue fazê-lo, quando raciocina. Mas a razão não tem efeito, e não dispensa de agir.<sup>748</sup>

Tem sido dificultado, no sentido jurídico-processual, chegar à concepção ontológica de ação, a ponto de, na legislação, sempre serem disciplinadas as várias possibilidades de agir, “tantos quantos forem os efeitos ou as modificações por ela previstos”,<sup>749</sup> sem, entretanto, enfrentar o que possa ser entendido como a ação.

Para Giuseppe Chiovenda, “a ação é *um* dos direitos que podem fluir da lesão de um direito”,<sup>750</sup> apresentando-se ela “como um direito por meio do qual, omitida a realização de uma vontade concreta da lei mediante a pretensão do

---

<sup>746</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 81.

<sup>747</sup> COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário filosófico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 8.

<sup>748</sup> IDEM, p. 8.

<sup>749</sup> SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**. Volume I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, p. 159.

<sup>750</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Volume 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 37.



devedor, se obtém a realização daquela vontade por outra via, a saber, mediante o processo”.<sup>751</sup> Portanto, a ação constitui elemento estrutural da dinâmica processual.

A compreensão mais atualizada acerca da ação, no sentido jurídico-processual, parece mesmo ser a difundida por Enrico Túlio Liebman, denominada eclética por assimilar a sua autonomia sem que a dispense de sempre ter em conta a concreção do direito material. Não é por outra razão que, para Giuseppe Chiovenda, o “objeto do processo não é a vontade concreta da lei, cuja afirmação e atuação se reclamam, assim como o próprio poder de reclamar-lhe a atuação, isto é, a ação”.<sup>752</sup>

Referindo-se à acionalidade das pretensões, Pontes de Miranda, fora dos casos em que ocorre mutilação do direito ou da pretensão, culmina por se debruçar sobre o conceito de ação relacionado com a exigibilidade em duplo sentido. A exigibilidade extrajudicial, que conduz à ação em sentido material, e a exigibilidade judicial, condutora da ação em sentido processual.<sup>753</sup>

#### 4. 4. Direito, processo e tutela

Júlio Cabrera despertou para uma questão importante acerca da ocultação do não-ser no próprio ser. No que se refere à vida, o não-ser é a morte. Ocorre que morrer quase nunca é algo peremptório, no mais das vezes “é decidir, abandonar espaço, incapacitar-se, indeterminar-se, esquecer, impotenciar-se, desocupar”.<sup>754</sup> Numa palavra, morrer é, curiosamente, o que habitualmente chamamos de ‘viver’. Mas “O viver a morte é, ao mesmo tempo, e sobretudo, a ocultação da morte”.<sup>755</sup> Depois, esclarece que

Ocultar a morte é a maneira como podemos viver a morte que todo não-suicida tem aí para viver. A morte só pode ser vivida na ocultação. A morte é o único que tem aí para ser vivido, mas de maneira alguma pode ser imediatamente vivido. Que ela se

---

<sup>751</sup> IDEM, pp. 37-38.

<sup>752</sup> IDEM, p. 37.

<sup>753</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998, pp. 124-125.

<sup>754</sup> CABRERA, Júlio. **Projeto de ética negativa**. São Paulo: Mandacaru/Graphbox, 1990, p. 69.

torne “visível” deverá ser o resultado de um “trabalho”. Em determinado momento do tempo, eu vou desaparecer, vou morrer a minha morte na impossibilidade de a continuar vivendo. Durante a minha morte vivida, a ocultação deve ser mais forte do que esta certeza. A ocultação me terá servido para chegar, mais ou menos “inteiro”, até meu desaparecimento total. (...). Eu não escolho ocultar. Um não-suicida não pode não ocultar. A morte é uma instância que é impossível viver sem ao mesmo tempo ocultar. A ocultação do morrer não é uma das instituições imaginárias possíveis do morrer, mas a maneira mediante a qual toda e qualquer instituição imaginária do morrer pode realizar-se.<sup>756</sup>

Logo depois, Cabrera adverte que a ocultação tem um caráter consolador, abre esperanças para as mudanças possíveis, firma-se como estrutura social, verdadeiramente formulada como instituição social, isto é, como “organização e reorganização do desamparo”.<sup>757</sup> Nestes termos, “O sobrevivente é um artista da morte”.<sup>758</sup>

Para não parecer que o raciocínio se refere unicamente à morte, Júlio Cabrera fala do amor, já que “Em certo sentido, o sentimento exultante do amor marca uma finalização, não um começo”.<sup>759</sup> Seria assim porquanto

O amor poderia ser interpretado precisamente, como um sinal do negativo, como um sinal de que o amor deve agora ser buscado intensamente num outro lugar! Ficar junto ao objeto amado é afirmativo. O homem negativo deveria ser experto em partidas. O lugar da morte é, sempre, o próximo amor, o que ainda não atingiu seu apogeu, o amor que ainda não é.<sup>760</sup>

Também assim, ao que se vê, no que se refere ao direito, já que a sua indeterminação é a sua morte. Morte vivida na criação de regras de direito, modo de ocultação do não-ser do direito. Abordando o problema ético, Júlio Cabrera faz alusão às normas morais agradável à órbita jurídica, nos seguintes termos:

A criação de normas, preceitos, máximas, leis, regras etc., é a tentativa de tirar a moralidade da sua insuportável “indeterminação”. Na codificação da moralidade, supõe-se que a “regularidade”, a “constância”, a “obediência permanente” a certas normas, deverão ser garantia de moralidade. Porém, aplicar universal, sistemática e

---

<sup>755</sup> IDEM, p. 69.

<sup>756</sup> IDEM, pp. 69-70.

<sup>757</sup> CABRERA, Júlio. Ob. cit., p. 73.

<sup>758</sup> IDEM, p. 75.

<sup>759</sup> IDEM, pp. 77-78.

invariavelmente uma mesma lei moral poderá ser fonte de imoralidade, independentemente do conteúdo da norma. (A isso pode chamar-se “a astúcia da indeterminação”). Qualquer norma moral, depois de certo tempo de “aplicação coerente” gerará o contrário de si mesma: o terrorífico nesse caso não será a norma, mas a tenebrosa fidelidade à norma. (...). Idéias como “punição”, “castigo” etc. são jurídicas. Onde há punições não pode, claro está, haver moralidade, mas simplesmente distribuição burocrática da violência. Quando o jogo ético é codificado, a invenção<sup>761</sup> de valores fica reduzida a uma “infração”.<sup>762</sup>

Pode-se afirmar que o direito é algo objetivo, tem existência na concretude das regras de direito. Ocorre que ainda assim, o direito se apresenta na incompletude do simples disciplinamento do agir (*norma agendi*), disponibilizando uma faculdade para as ações humanas (*facultas agendi*). Caso se opte por um agir conforme as regras do direito, estar-se-á agindo conforme o direito, nada de juridicamente interessante devendo ser suscitado.

Ainda quando o agir não se adegue às regras de direito, eis que nasce para o que sofreu a incidência desse descumprimento uma faculdade de exercitar o que tais regras lhe vêm em benefício. Neste ponto, afirma Vicente Ráo, “encontramos frente a frente uma prescrição e uma faculdade; ali, uma expressão da vontade geral, aqui um poder de ação, cujo exercício depende da vontade do respectivo titular”.<sup>763</sup> Bem explicadas,

Prescrição e faculdade são essas, que nascem ao mesmo tempo, no mesmo instante em que a norma adquire força obrigatória, porque outorgar faculdades é uma das finalidades essenciais da norma jurídica. Não há confundir-se, porém, o tempo do nascimento da faculdade com o de seu exercício: a faculdade nasce com a norma, mas pode ser exercida a qualquer momento, enquanto persistir a eficácia obrigatória da norma que a criou e com a qual nasceu. E mesmo após a cessação da vigência da norma, mesmo após a sua revogação, os poderes por ela incorporados ao patrimônio do titular do direito subjetivo, definitivamente continuam a lhe pertencer, como direitos adquiridos.<sup>764</sup>

Destarte, o direito objetivamente considerado sempre estará submetido à faculdade que confere ao beneficiário das regras de direito de fazê-lo valer, modos

---

<sup>760</sup> IDEM, p. 78.

<sup>761</sup> Acredita-se que o raciocínio estaria melhor com “inversão” no lugar de “invenção”.

<sup>762</sup> IDEM, pp. 85-86.

<sup>763</sup> RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. Volume 1. São Paulo: RT, 1991, p. 158.

que vivendo uma existência ocultada pela infração dependente da subjetividade do interessado.

Distintos, embora, quanto à sua natureza específica, o direito objetivo e o direito subjetivo, contudo, se juntam, formam uma unidade, que é a do próprio direito, em razão do fim que ambos tendem a realizar, qual seja a disciplina e o desenvolvimento da convivência harmônica dos poderes de ação que às pessoas, desse modo, são reconhecidos, conferidos e assegurados.<sup>765</sup>

Essa ocultação da própria morte que o direito vivencia pode ser, como exposto, identificada mais claramente na sua dimensão subjetiva,<sup>766</sup> historicamente estudada, ora como vontade, ora como interesse, finalmente por um misto de ambos.

Pela teoria da vontade, estaria a dimensão subjetiva do direito a ocultar a morte deste ao atribuir relevância à efetiva manifestação do beneficiário das regras de direito ao cumprimento de suas estipulações. Defendida por Savigny, tal concepção sofreu ataques de Ihering, quando, não negando este que “o direito deve pressupor, necessariamente, a existência de um poder de ação e, acrescenta, o órgão deste poder é e não pode deixar de ser a vontade”.<sup>767</sup> Assim é, mas

Quando, porém, se pretende aplicar o princípio da vontade à definição do direito subjetivo, então, diz ainda aquele eminente jurista, de duas, uma: ou se afirma a subordinação da vontade individual à disciplina estabelecida pela vontade geral e, neste caso, não há o que se conteste; ou se identifica a substância do direito subjetivo com a vontade individual em contraposição à vontade geral considerada como fundamento do direito objetivo e, nesta hipótese, a conclusão deve ser repelida, por transformar a vontade do indivíduo em fim último e supremo do direito.<sup>768</sup>

Indo-se pela teoria do interesse, duas questões foram, por Ihering, levantadas: uma pautada na utilidade que as regras de direito disponibiliza, tratando, assim, da substancialidade das regras de direito; outra, na proteção jurisdicional do disciplinado pelas regras de direito, aspecto formal do direito.

---

<sup>764</sup> IDEM, pp. 158-159.

<sup>765</sup> RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. Volume 2. São Paulo: RT, 1991, p. 485.

<sup>766</sup> Embora também a dimensão objetiva do direito oculte, em seus preceitos, uma temporalidade mórbida, como, por exemplo, indicam institutos como preclusão, prescrição e decadência.

<sup>767</sup> RÁO, Vicente. Ob. cit., volume 2, p. 485.

<sup>768</sup> IDEM, p. 485.

Concebendo-se o direito subjetivo por este modo, fácil será justificar-se sua atribuição às pessoas desprovidas de vontade, aos incapazes, porque, na realidade, diz Ihering, titulares não são os que podem, ou não, querer, mas os que auferem, deste direito, utilidade, ou proveito.<sup>769</sup>

Embora sofrendo críticas, notadamente por não buscar humanização para os direitos, atando-os às individualidades e sociabilidades do próprio homem, firmou-se a postura mista que conjuga vontade e utilidade na caracterização da dimensão subjetiva do direito.

Tais concepções são aqui lembradas apenas para realçar que também o direito vive pela ocultação de sua morte, necessário, nos dias atuais, para, no sentido substancial, qualificar as regras de direito por uma indispensável vocação social, e, por outra direção, sujeitá-lo sempre ao sentido formal que a proteção jurisdicional as regras de direito reclamam. Neste sentido, direito é processo.

O professor José Joaquim Calmon de Passos, escrevendo sobre a tutela jurisdicional afirma que a liberdade seria pensável somente quando e se for pensada a não-liberdade, muito nos termos da ética negativa pela qual a vida vive da ocultação da morte, dizendo “ser inviável definir-se ou delimitar-se algo prescindindo-se de colocá-lo em face ou em confronto com o que é a sua negação”.<sup>770</sup> Essa não-liberdade, assevera, não é apenas fática, mas também jurídica, reclamando, neste caso, a sua institucionalização e o acesso à mesma, ou seja, o seu conhecimento, o seu saber.

Mas saber, tanto natural como culturalmente, diz Calmon de Passos em outra oportunidade, reclama necessária utilidade. “Daí parecer-me não incidir em exagero ou sofisma afirmando que o Direito, enquanto apenas formulação teórica, enunciado normativo, proposição ou juízo, *ainda* não é o Direito”.<sup>771</sup> Continuando,

Se o Direito é apenas depois de produzido, o *produzir* tem caráter imperativo, antes que instrumental e faz-se tão essencial quando o próprio *dizer* o Direito, pois que o produto é, aqui, indissociável do processo de produção, que sobre ele influi em termos de resultado. *O produto também é processo, um permanente fazer, nunca um*

---

<sup>769</sup> IDEM, p. 485.

<sup>770</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Tutela jurisdicional das liberdades. In: **Revista de processo**. Ano 23. N° 90 São Paulo: RT, 1998, p. 86.

<sup>771</sup> \_\_\_\_\_. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 67.

*definitivamente feito*. O processo, no âmbito do jurídico, não é, portanto, algo que opera como simples meio, instrumento, sim em elemento que integra o próprio ser do Direito.<sup>772</sup>

O processo tem relação com as regras de direito nas órbitas de sua efetivação, que se dá tanto pela satisfação das necessidades como pela utilidade dos interesses ali expressos. José Eduardo Carneira Alvim tenta esclarecer tal relação, nos seguintes termos:

E esta expressão – *necessidade* – é difícil de ser definida; traduz-se numa situação de carência ou desequilíbrio biológico ou psíquico. Etimologicamente, deriva de *nec esse*, que significa não ser, não existir. Em outras palavras, traduz a falta de alguma coisa, algo que não é. O homem experimenta necessidades as mais diversas, sob variados aspectos, e tende a proceder de forma a que sejam satisfeitas; que desapareça a carência ou se restabeleça o equilíbrio perdido. (...). Considerando que a necessidade é satisfeita mediante determinados elementos (entes), emerge agora o conceito de *bem* ou *bem da vida*. Para Carnelutti, *bem* é o ente capaz de satisfazer a uma necessidade do homem; *bonum quo beat*, porque faz bem. No mesmo sentido Ugo Rocco, para quem *bem* é tudo o que é apto para satisfazer ou que satisfaz a uma necessidade. (...). Fixado o conceito de bem, chega-se ao conceito de *utilidade*, que nada mais é do que a capacidade ou a aptidão de um bem para satisfazer a uma necessidade, conforme precisou Carnelutti. Para Ugo Rocco, pode-se definir *utilidade* como sendo a idoneidade de uma coisa (*bem*) para satisfazer a uma necessidade. De um lado, temos o homem com as suas necessidades e, de outro, os bens com a sua utilidade.<sup>773</sup>

Sem enfrentar aqui o problema acerca da existência ou não de escopos do processo,<sup>774</sup> parte-se, pelo até então exposto, que seriam escopos do processo a tutela de direitos,<sup>775</sup> no sentido de compreender-se o processo como instrumento integrante das regras de direito, para que o bem declarado por elas sirva para satisfazer, de modo útil, às necessidades do beneficiário daquelas estipulações.

---

<sup>772</sup> IDEM, p. 68.

<sup>773</sup> ALVIM, José Eduardo Carneira. **Elementos de teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 2-3.

<sup>774</sup> José Eduardo Carneira ALVIM (Ob. cit., p. 19) lembra que Alfredo Rocco sustenta que inexistem escopos do processo, defendendo que os escopos são das partes envolvidas no processo (juiz, autor e réu).

<sup>775</sup> Segundo José Eduardo Carneira ALVIM (Ob. cit., p. 19), estariam Büllow, Schönke e Chiovenda entendendo a atuação dos direitos objetivos como escopos do processo, enquanto que Hellwig, Jellinek e Weismann a defender a tutela dos direitos subjetivos como tais escopos.

Assim posto, está o processo à disposição das regras de direito, para tutelar as premissas ali consignadas, sempre na dependência da faculdade de agir detida pelo titular dos direitos nelas objetivamente estabelecidos.

Indicando o pensamento de Mortara e de Capograssi, Cândido Rangel Dinamarco conclui que “*o direito subjetivo é que nasce no processo*, pois a norma e a pretensão, ainda bem próximas, não mantêm contato: a sentença opera como o *interruptor* de eletricidade, que dá passagem à faísca que as unirá, ocasionando o nascimento do direito subjetivo”.<sup>776</sup>

Discutir-se direito e processo, seja pela teoria unitária ou pelo dualismo teórico, acentua Dinamarco, reclama prévias considerações filosóficas, ou, melhor, trata-se de “uma questão de filosofia do direito, e por isso deve ser previamente discutida no plano das abstrações jusfilosóficas”.<sup>777</sup> Mas naquela época, a idéia que assumiam os dualistas era, ainda conforme Rangel Dinamarco, de que “o direito do caso concreto nasce independentemente de qualquer atividade, mesmo teórica, do intérprete, a quem cabe, depois, o acertamento ou a atuação da norma concreta, que é a norma e que é concreta antes da inserção do intérprete no mecanismo”.<sup>778</sup> Ora,

Só assim se foge ao absurdo, mal disfarçado pelas sutilezas filosóficas dos defensores das teses monísticas, de que, no caso de satisfação voluntária de interesse alheio conforme a lei, ou a prestação é feita sem que houvesse o direito, ou o direito nasce justamente com o ato de sua extinção.<sup>779</sup>

Vida e morte, surgimento e extinção do direito. O problema recua diante da noção de existência ocultando a inexistência jurídica.

Os estudos mais recentes de hermenêutica certamente contribuem para compreender melhor a questão debatida em torno dos métodos unitário e dualista, na medida em que abertos ao sincretismo metodológico que, sem os fundamentos somatórios de cunhagem unitária, não se comprazem, por outro lado, com a polarização que decorre da visão dualista. Para Virgílio Afonso da Silva, tanto

---

<sup>776</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Reflexões sobre direito e processo. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**. Ano 27. Nº 117. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1971, p. 98.

<sup>777</sup> IDEM, p. 107.

<sup>778</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit., p. 109.

<sup>779</sup> IDEM, pp. 109-110.

o método unitário como o método dualista se apresentam “resumidamente explicados (...), sem que se chegue a qualquer conclusão sobre a relação entre os diversos métodos, sua aplicabilidade e, principalmente, sobre a compatibilidade entre eles”.<sup>780</sup> Assim,

Não se costuma examinar, por exemplo, quando se fala desse ou daquele método, como seria uma aplicação prática de cada um deles. As análises costumam limitar-se a expor a idéia teórica central de cada método. Isso é, obviamente, insuficiente, pois *métodos não são um fim em si mesmos*, mas existem para serem aplicados.<sup>781</sup>

Evidentemente que não é o problema hermenêutico que veio em socorro da questão relativa a direito e processo, mas, isto sim, a postura do professor Virgílio Afonso da Silva. Diz-se isto porque, segundo consta em Richard Palmer, também a hermenêutica se debate, atualmente, entre a proposta de Friedrich Schleiermacher, “cujos partidários encaram a hermenêutica como um corpo geral e princípios metodológicos que subjazem à interpretação”,<sup>782</sup> e a dos seguidores de Martin Heidegger, “que vêem a hermenêutica como uma exploração filosófica das características e dos requisitos necessários a toda compreensão”.<sup>783</sup>

Mesmo Hans-Georg Gadamer, que procura na sociologia do conhecimento de Mannheim um antifuncionalismo para o método hermenêutico, culmina por enfrentar objeções em Jürgen Habermas de que o antifuncionalismo hermenêutico “evita as armadilhas do pensamento iluminista ao mesmo tempo que retém as suas vantagens”.<sup>784</sup> Veja-se, então, que

A crítica que Habermas avança contra Gadamer é extraordinariamente subtil. Ao contrário de muitos outros críticos de Gadamer, Habermas não se limita a afastar Gadamer como relativista. Ele e Gadamer partilham uma orientação fundamental que estabelece um vínculo recíproco: a crítica da razão instrumental (...). Habermas torna patente o grande respeito que tem pela posição hermenêutica e, além disso, considera-se superior quer à análise wittgensteiniana da linguagem quer à fenomenologia, as outras abordagens “interpretativas” que ganharam popularidade recentemente (...). Do ponto de vista da hermenêutica, afirma, a fenomenologia e a

---

<sup>780</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 135.

<sup>781</sup> IDEM, pp. 135-136.

<sup>782</sup> PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 55.

<sup>783</sup> PALMER, Richard E. Ob. cit., p. 55.

<sup>784</sup> HEKMAN, Susan J. **Hermenêutica e sociologia do conhecimento**. Lisboa: Edições 70, 1990, p. 187.



análise lingüística caem no erro do historicismo (...). Habermas considera que a hermenêutica introduz uma dimensão da análise da linguagem que falta na obra do último Wittgenstein: a historicidade. Observa que, em contraste com Wittgenstein, Gadamer introduziu de novo a unidade da linguagem que é estabelecida “dialecticamente no contexto da tradição”.<sup>785</sup>

Luiz Rohden tentou “inicialmente, de forma maniqueísta, contrapor uma racionalidade – um *modus* filosófico, mais amplo e profundo, configurado pela hermenêutica – ao reducionismo da filosofia da reflexão”,<sup>786</sup> e, ao final, permaneceu ontológica e metafisicamente no antifuncionalismo hermenêutico gadameriano. De qualquer modo, servir para aliviar as dificuldades que José Carlos Moreira da Silva Filho teve para encontrar saídas para a sua proposta de “projetar as conclusões da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica para o campo do Direito, e, dentro deste, para o Direito Contratual”.<sup>787</sup>

José Afonso da Silva contribuiu decisivamente para o enfrentamento, pela via hermenêutica, do problema relacionado com direito e processo, ao alertar para, ao lado da hermenêutica das palavras, que “não é a interpretação gramatical estritamente considerado”,<sup>788</sup> mas, também, “a explicação de palavras assim como a explicação do contexto factual, tal como o cenário histórico”,<sup>789</sup> e da hermenêutica do espírito, que “procura a idéia fundante, a concepção básica”,<sup>790</sup> uma hermenêutica contextual que perpassa as duas anteriores como espécie imanente e qualificadora de qualquer opção hermenêutica, didaticamente separável das demais apenas quando assoma a idéia de vida interpretativa ocultando o não-ser hermenêutico da superinterpretação<sup>791</sup> ou até mesmo da opção conhecida como interpretação instável.<sup>792</sup>

*A hermenêutica contextual* (ou do sentido) não tem sido considerada no campo das Ciências Jurídicas. Perde-se, com essa ausência, um enorme potencial de possibilidades. A complexidade do tema talvez seja responsável pela

---

<sup>785</sup> IDEM, pp. 187-188.

<sup>786</sup> ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 293.

<sup>787</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 383.

<sup>788</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 16.

<sup>789</sup> IDEM, p. 16.

<sup>790</sup> IDEM, p. 16.

<sup>791</sup> CULLER, Jonathan. Em defesa da superinterpretação. In: ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, *et sequens*.

<sup>792</sup> BROOKE-ROSE, Christine. História palimpsesta. In: ECO, Umberto. Ob. cit., pp. 147-162.

desconsideração que os juristas têm votado ao contexto como um dos mais ricos elementos para desvendar o sentido dos textos jurídicos.<sup>793</sup>

Fazendo-se opção pelo explicado a partir da hermenêutica contextual, mostra-se não apenas alentador, mas, inclusive, agradável e necessário pensar o processo como elemento contextualizador das regras de direito.

Enquanto “Atividade reflexiva que tem por objeto alcançar o conhecimento de algo”,<sup>794</sup> o processo, inclusive judicial, enfrenta uma tendência ao término imprevisível e à sensação de infinitude. Exceto quando o impingir uma finitude que se satisfaça com uma espécie de probabilismo, originário “do ceticismo da Nova Academia, para a qual a verdade absoluta e a certeza definitiva seriam impossíveis, o conhecimento reduzindo-se apenas a um conjunto de opiniões prováveis”.<sup>795</sup>

De acordo com Nicola Abbagnano, o probabilismo indica que “nos casos de aplicação duvidosa de uma regra moral, não se deve adotar uma opinião provável qualquer, mas a mais provável”.<sup>796</sup>

Com isto, não se afasta somente o sentido aleatório de probabilidade do senso comum, como provável (que fica no sentido quantitativo do realismo ingênuo e crítico) ou como possível (com o sentido de qualidade duvidosa, ocorrência incerta).

De Mário Bunge, a referência de que, ontologicamente, probabilismo sugere que “todos os fatos são contingentes, e todas as leis, probabilísticas”,<sup>797</sup> enquanto que, epistemologicamente, conduz a que “todo conhecimento factual é ‘provável’, no sentido vulgar de ser ou plausível ou impreciso e, portanto, incerto”.<sup>798</sup>

Retornando a Nicola Abbagnano, eis que o mais provável bem pode ser localizado pelo método que se convencionou chamar tutorismo, “segundo o qual

---

<sup>793</sup> SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 17.

<sup>794</sup> JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 222.

<sup>795</sup> IDEM, p. 221.

<sup>796</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 796.

<sup>797</sup> BUNGE, Mário. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Perspectiva, 2002, p. 298.

<sup>798</sup> IDEM, p. 298.

é preciso seguir a opinião que se conforma com a lei”,<sup>799</sup> método do qual decorre a necessidade de que, pelo processo, devem as regras de direito ser tuteladas. Com isto, impõe-se que direito e processo suscitem inevitável tutela. Tutela jurídica e tutela jurisdicional.

Concorda-se com José Joaquim Calmon de Passos, de que “Nada é mais traiçoeiro do que se acreditar saber o exato significado de palavras qualificadas como *corriqueiras*, de tão utilizadas no quotidiano”.<sup>800</sup> No que se refere ao termo tutela, não é diferente.

Parindo das concepções de liberdade e vontade, Calmon de Passos preleciona que

Nenhum de nós põe em dúvida que a liberdade humana se efetiva mediante comportamentos queridos, isto é, atos de vontade. Liberdade e vontade reclamam-se mutuamente. E assim é em todos os campos da atividade humana, no econômico ou no político, e por igual no jurídico. Sem um “querer” não há direito. Sendo assim, toda limitação posta à vontade de alguém é, sempre, ainda que em proporção variável, expropriar-se esse alguém do direito ou poder de manifestá-la. (...). Por outro lado, estabelecer controles para que a vontade de uma pessoa seja explicitável e operacional é limitar a liberdade do sujeito da vontade controlada. Como é limite e expropriação o co-legitimar-se outrem, que não o sujeito do interesse, a promover-lhe a satisfação, independentemente de manifestação do sujeito dito “interessado”. Todos esses modos de expropriação, limitação ou controle da vontade de um indivíduo são configuradoras de formas de tutela, que têm sempre conotação política, no sentido de que envolvem sempre uma relação de poder”.<sup>801</sup>

Distinguindo poder de força, Calmon de Passos afirma que “A força submete, mas não institucionaliza, é de ação precária, transitória e contraproducente”,<sup>802</sup> servindo-se o poder da força para submeter e dominar. Neste sentido é que a tutela se constitui em elemento de politização do poder ao institucionalizá-lo e, com isto, controlá-lo substancialmente. Assim pelo fato de que não se pode mesmo extirpar o “conteúdo político e ideológico de todas as espécies de incapacitação formalizadas pela ordem jurídica. E a toda incapacitação

---

<sup>799</sup> ABBAGNANO, Nicola. Ob. cit., p. 796.

<sup>800</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania tutelada. In: **Revista de Processo**. Ano 18. Nº 72. São Paulo: RT, 1993, p. 124.

<sup>801</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Ob. cit., p. 130.

<sup>802</sup> IDEM, p. 131.

corresponde determinado tipo de tutela, variável em grau, e até em denominação”.<sup>803</sup> O direito encontra existência no processo, na medida em que este constitui elemento de sua existência. E no poder que o processo contém é que o direito se formaliza praticamente. Mas é a tutela que institucionaliza os direitos, politizando-os.

#### 4. 5. Tutela jurídica e tutela jurisdicional

A defesa de algum direito pode ser vista sob dois aspectos, um dizendo respeito à garantia que todo titular de um direito tem para, segundo sua própria deliberação (faculdade de agir, direito subjetivo), fazê-lo valer, vê-lo assegurado, seja pela retenção ou pela retomada do bem, seja pela restituição ou pela indenização da situação desfavorável. O outro se refere à garantia do mesmo titular do direito de obter do Estado o amparo necessário para que tal direito seja efetivamente realizado. No primeiro caso, mostra-se didaticamente conveniente falar em direito à tutela jurídica; no segundo, pode-se falar em direito à tutela jurisdicional.

Sérgio Cruz Arenhart diz, com relação do termo tutela, que “é necessário saber exatamente o que se há de entender por esse conceito, na medida em que a doutrina se vale desse termo para designar diferentes fenômenos no campo processual”,<sup>804</sup> concluindo que:

O termo “tutela”, como sinônimo de proteção, confere a noção de proteção de direitos e de interesses; no processo, essa idéia revela o objetivo de proteger direitos e interesses por meio dos mecanismos processuais. Claramente, a partir daí, pode-se dizer que o Estado oferece tutela tanto quando garante direitos processuais, como quando garante direitos materiais, por meio dos instrumentos processuais disponíveis. Conforme, porém, venha a proteger, exclusivamente, direitos processuais, ou se encaminhe a proteger realmente o direito material afirmado (e reconhecido como existente) pela parte, não de se utilizar nomes diferentes para designar as figuras.<sup>805</sup>

---

<sup>803</sup> IDEM, p. 130.

<sup>804</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003, pp 42.

<sup>805</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. cit., p. 43.

Processualista realizando estudos de Direito Processual, muito por conta disto que Sérgio Arenhart parece não ter-se arriscado no que seria para além de sua pretensão temática, ficando nos limites da tutela jurisdicional, em um aspecto no que se refere à “idéia de proteção aos direitos processuais”,<sup>806</sup> (tutela jurisdicional), em outro pela alusão “à efetiva proteção do direito material”<sup>807</sup> (tutela jurisdicional do direito).

Sem a intenção de fugir da acusação de estar atendendo à burguesia capitalista que viu a jurisdicionalização como elemento de uma racionalidade instrumental única para a tutela, certo é que se pode pensar a tutela como gênero para as espécies tutela jurídica e tutela jurisdicional, assim por uma racionalidade até certo ponto utilitarista, mas, ainda assim, sem olvidar-se daquele “sentido de utilidade que a preservação dos direitos significa para a sociedade”.<sup>808</sup>

Tutela jurídica, diferentemente de tutela jurisdicional, traz, então, uma implícita percepção processual do justo sem a conotação unicamente jurisdicional. É, no dizer de Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, a concepção de que “a decisão jurídica se instala a partir dos meios sistêmicos disponíveis para a captação do conflito no âmbito do direito e sua resolução”.<sup>809</sup> Assim sendo:

Um sistema jurídico-decisório estaria apto a gerir as relações sociais, em um determinado contexto, na medida em que sua estrutura interna, os procedimentos operacionais e a articulação estabelecida pelos elementos integrantes do sistema fosse suficientemente complexa de modo a reproduzir a complexidade social que lhe rodeia. Em outras palavras, que a interação do sistema jurídico com o meio ambiente e o universo de relações sociais e expectativas de direito que o circundam fosse suficientemente aberta e competente da parte do sistema, de modo a absorver a explosão de litigiosidade que acompanha os conflitos sociais contemporâneos. A contingência das decisões seria assim reduzida de modo bastante significativo e o sistema ganharia em estabilidade.<sup>810</sup>

A tutela jurisdicional deve estar, então, legitimada pela tutela jurídica, já que “A contingência das decisões jurídicas manifesta-se, quer ao nível das opções

---

<sup>806</sup> IDEM, pp. 43-44.

<sup>807</sup> IDEM, p. 46.

<sup>808</sup> RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. **Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 69.

<sup>809</sup> IDEM, p. 77.

<sup>810</sup> RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. Ob. cit., p. 79.

normativas relacionadas pelo legislador, quer no âmbito mais circunscrito das decisões judiciais”.<sup>811</sup> Isto porque

Em ambas supõe uma compreensão específica do conflito; uma hermenêutica histórica e particular das razões e do sentido existencial incorporados aos parâmetros normativos vigentes. Se para o legislador essa compreensão hermenêutica do real é, sob certo ângulo, dotada de maior liberdade, à vista do caráter mais intensamente prospectivo da sua decisão, para o juiz, as balizas normativas explícitas a que está submetido tornam mais delimitada a diferenciação funcional de sua atividade, embora não menos intensa e profunda do ponto de vista hermenêutico.<sup>812</sup>

Arnaldo Vasconcelos lembra que a questão que decorre, segundo Thomas Hobbes, da identificação extremada do direito com a bondade ou com a maldade, ou mesmo da mediação assumida por Francesco Carnelutti de que o direito se dirige “aos medíocres, posto que os bons e os maus dele prescindem”,<sup>813</sup> bem pode ser assim esclarecida:

Todos os que reduzem o Direito à sentença – dado o pressuposto de que ela decorre sempre de um ilícito, único motivo de ir ao tribunal – cometem equívoco semelhante ao de Hobbes e Carnelutti. (...). É de ordem lógica o outro grande equívoco resultante da conceituação do Direito em termos de decisões judiciais. Firma-se ele na destruição da seqüência temporal, por natureza inarredável, existente entre norma-fato-Direito-ilícito-sentença, pulando-se da norma para a sentença, como pretende Kelsen, ou indo diretamente a esta, como quer Jethro Brown.<sup>814</sup>

A tutela jurídica, diferentemente da tutela jurisdicional, não tem, como se nota, fundamento no ilícito e na contenciosidade, não se circunscrevendo na tarefa judicial, como consigna Carlos Cossio em sua teoria egológica do direito.<sup>815</sup>

Ovídio Baptista da Silva diz que “O direito a ser ouvido é o que se denomina *pretensão de tutela jurídica*”.<sup>816</sup> Daí concluir-se que a noção de tutela jurídica deve preceder à de tutela jurisdicional, sob pena de pretender-se, pelo direito de ser ouvido, o inexistente. O que não pode ser confundido é a tutela jurídica de direito material (que decorre do fato de o direito afirmado realmente existir) e a

---

<sup>811</sup> IDEM, p. 78.

<sup>812</sup> IDEM, p. 78.

<sup>813</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 14.

<sup>814</sup> IDEM, p. 15.

<sup>815</sup> Esta é a posição adotada por Arnaldo VASCONCELOS (Ob. cit., p. 16).

tutela jurídica de direito processual (que se satisfaz com a aparente existência do direito afirmado).

No sentido que se dá neste momento, a tutela jurídica se volta ao direito material (tutela do direito material), enquanto que a tutela jurisdicional se refere ao direito processual (tutela do direito processual).

A tutela do autor “que tem razão”, a que se refere LIEBMAN, é a forma de tutela do direito material prestada, sem dúvida, pelo processo que, todavia, não se confunde com a *tutela processual*, que é momento prévio, ineliminável, da jurisdição. É o momento em que a função declaratória da jurisdição é mais visível, uma vez que o Estado, haverá, preliminarmente, de julgar para poder, depois, cumprir seu objetivo primordial, que sucederá ao ato de julgamento, que é a realização da ordem jurídica objetiva.<sup>817</sup>

Pelo que afirma, Ovídio Baptista indica tutela jurídica como proteção à efetivação do direito reconhecido jurisdicionalmente. Mas esse mesmo direito, reconhecido pelo Estado-Juiz, pré-existia, na órbita do direito material, e era, por este, tutelado juridicamente, tanto que, uma vez satisfeito espontaneamente, não se poderá falar em cumprimento indébito da obrigação. Nem que teria agido ao desamparo jurídico – sem a tutela jurídica – quem, para ver satisfeito o seu direito, agiu pessoalmente, naqueles casos em que, pára tanto, estava autorizado juridicamente. De Cândido Rangel Dinamarco:

Tutela é ajuda, proteção. É *jurisdicional* a proteção outorgada mediante o exercício da *jurisdição* para que o sujeito beneficiado por ela obtenha, na realidade da vida e das relações com as coisas ou com outras pessoas, uma situação mais favorável do que aquela em que antes se encontrava. (...). Tutela jurídica, no sentido mais amplo, é a proteção que o Estado confere ao homem para a consecução de situações consideradas eticamente desejáveis segundo os valores vigentes na sociedade – seja em relação aos bens, seja em relação a outros membros do convívio.<sup>818</sup>

Cândido Dinamarco intermédia a sua conceituação de tutela jurídica e tutela jurisdicional com a seguinte consideração:

---

<sup>816</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume 1. São Paulo: RT, 2000, p. 17.

<sup>817</sup> IDEM, p. 19.

<sup>818</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. In: **Revista de processo**. Ano 21. Nº 81. São Paulo: RT, 1996, p. 61.

Discorrendo sobre a *tutela jurisdicional* “dos direitos”, no entanto, a doutrina falha só ao omitir o conceito de tutela *tout court*, como ainda ao pressupor a existência de direitos e confinar o gênero *tutela jurídica* no círculo das atividades que o Estado desenvolve para a proteção dos direitos que a pessoa tenha. Mesmo na obra moderna de dimensão mais abrangente sobre o tema disse-se somente que “*la nozione di tutela è assai larga*” (Adolfo Di Majo) mas o contexto apresenta somente o estudo dos meios pelos quais o Estado, em sede jurisdicional ou não, provê à observância, conservação ou restauração de direitos. Move a idéia da tutela como meio de promover a *efetividade do ordenamento jurídico*. O mal está em considerar os *direitos* como objeto da tutela estatal e não o homem”.<sup>819</sup>

Como se infere, o ordenamento jurídico tutela os direitos, nisto a tutela jurídica aqui mencionada. As regras de direito processual tutelam o direito de pedir que o Estado efetivamente tutela tais direitos, naquilo em que o seu titular não o obtenha voluntariamente do obrigado à satisfação dos mesmos, ou não possa agir pessoalmente para satisfazer-se. Assim, não será difícil afirmar que a tutela jurisdicional serve para a efetivação da tutela jurídica, ou, se preferirmos, dos direitos objeto da tutela jurídica. Efetivação que decorre da necessária qualificação do processo como pautado na efetividade, pois, de acordo com José Carlos Barbosa Moreira, apesar do termo efetividade ensejar “noção abrangente”,<sup>820</sup> comportando “dose inevitável de fluidez”,<sup>821</sup>

a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica

---

<sup>819</sup> IDEM, p. 61.

<sup>820</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. In: **Revista de processo**. Ano 20. Nº 77. São Paulo: RT, 1995, p. 168.

<sup>821</sup> IDEM, p. 168.



utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energia.<sup>822</sup>

A tutela jurisdicional deve timbrar pela efetividade, qualidade que se encontra nas condições próprias pelas quais a mesma se dê à realização os direitos abrangidos pela tutela jurídica, isto é, assegurados pelo ordenamento jurídico. Após sabermos que “A distância entre a mera proclamação e a tutela efetiva do direito, com meios eficazes e expeditos, constitui um dos problemas cruciais do processo civil de nossa época”,<sup>823</sup> compreende-se perfeitamente o proclamado por Giuseppe Chiovenda e que Ada Pellegrini Grinover indica como “busca incessante de um ‘processo de resultado’, ou seja se um processo que disponha de instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, com o objetivo de assegurar-se praticamente a utilidade das decisões”.<sup>824</sup>

Nota-se, a partir das noções diferenciadas de tutela jurídica para tutela jurisdicional, que o processo, instrumento que é para a efetivação dos direitos, passa a ser concebido tanto nas dimensões da ação material (que diz respeito ao direito material tutelado pelo ordenamento jurídico) e da ação processual<sup>825</sup> (que se refere ao direito de pretender, do Estado, que efetivamente satisfaça o direito que se vê tutelado pelo ordenamento).

#### 4. 6. Tutelas jurisdicionais diferenciadas

Referindo-se, ao que parece, à tutela jurisdicional, José Joaquim Calmon de Passos, após salientar que “liberdade e tutela se revelam coisas

---

<sup>822</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ob. cit., p. 168.

<sup>823</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e processo cautelar. In: **Revista de processo**. Ano 19. Nº 76. São Paulo: RT, 1994, p. 88.

<sup>824</sup> GRINOVER, Das Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: **Revista de processo**. Ano 20. Nº 79. São Paulo: RT, 1995, p. 65.

<sup>825</sup> Luiz Guilherme MARINONI (A técnica da cognição e a construção de procedimentos adequados à tutela dos direitos. In: Vários Autores. **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. São Paulo: RT, 1995, p. 621), diz que “A ação processual é o veículo civilizado que permite a realização da ação de direito material”.

incompatíveis, porquanto liberdade tutelada não é mais liberdade”,<sup>826</sup> chega ao ponto de professar que

Toda tutela de liberdade é perda de liberdade por alguém que deixou de poder o que potencialmente podia poder, e, inferiorizado, pretende ver separada essa perda, socorrendo-se de alguém mais poderoso que o poderoso que o submeteu. Muda-se de senhor, porém se continua servo. Essa incontestável realidade é que confere a toda ordem social o caráter de um sistema de dominação.<sup>827</sup>

Tal posição conduz ao entendimento de que a tutela jurisdicional somente incidiria sobre o não-ser do direito, e, além disto, como exercício de pura substituição do elemento incoativo que originou a situação tutelável por outro de idêntica qualidade, negando a liberdade de alguém usufruir o bem que lhe dispõem as regras de direito.

Algumas colocações devem ser feitas em torno deste assunto.

Tanto em sua quantificação como em sua qualificação, eis que o direito suscita uma concepção plural, dão poder-se dizê-lo “os direitos”. Tal noção encontra-se razoavelmente esclarecida por Clèmerson Merlin Clève, nos seguintes termos:

A busca do novo, do instituinte, traduz-se na articulação, pelo saber jurídico, do singular com o plural: do direito com os direitos. É o plural a nota significativa a exigir o número do singular. E este, enquanto espaço de luta, é a corporificação transitória da relação necessária entre o singular e o plural. O singular historicamente só pode ser compreendido enquanto *singular e plural*, como instituído absorvente e em mutação. Entretanto, enquanto *singular e plural a um tempo*, o singular não perde sua especificidade; será sempre singular enquanto o modo de produção no qual se insere exigir um direito assim.<sup>828</sup>

Na sua singularização, pode-se ver o direito, ainda assim, por algumas dimensões, ditas gerações por Norberto Bobbio.<sup>829</sup> Em suas múltiplas – e, de certo modo, infindáveis – dimensões ou gerações, o direito se pluraliza mesmo em sua singularidade específica. O aumento de bens tuteláveis, de sujeitos de direito e da

---

<sup>826</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Tutela jurisdicional das liberdades. In: **Revista de processo**. Ano 23. Nº 90. São Paulo: RT, 1998, p. 36.

<sup>827</sup> IDEM, p. 36.

<sup>828</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 174.

<sup>829</sup> BOBBIO, Norbert. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

classificação sócio-política destes, são, no dizer de José Alcebíades de Oliveira Júnior, o que tem “acelerado o processo de multiplicação dos direitos”.<sup>830</sup>

Podendo o direito, em sua singularidade, ser visto como plural, então não se pode deixar de pensar nas múltiplas possibilidades de tutela jurídica. E se assim é, terão elas tantas caracterizações quantas puderam ser as características de cada um dos direitos que protege. Conseqüentemente, tantas possibilidades de jurisdicionalmente serem tais direitos, também, efetivados.

Conforme nos lembra Luiz Guilherme Marinoni, “A expressão ‘tutela jurisdicional de direitos’, como se sabe, foi afastada do cogito científico do direito processual quando se concluiu que ‘a tutela dos direitos’ não deveria ser vista como escopo da jurisdição”.<sup>831</sup> A questão a ser enfrentada, portanto, não é a de saber se a tutela jurisdicional se presta somente ao reconhecimento do direito afirmado ou não, mas aquela que se relaciona com a necessidade da mesma dizer respeito ao “resultado jurídico-substancial do processo, conduzindo a uma relativização do fenômeno direito-processo.”<sup>832</sup> Ainda conforme Marinoni,

O princípio da inafastabilidade, insculpida no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, garante o direito à adequada tutela jurisdicional, ao passo que o art. 75 do Código Civil,<sup>833</sup> tão mal compreendido pela doutrina, constitui verdadeira explicitação desta garantia constitucional. A correta leitura do art. 75 do Código Civil permite a conclusão de que à toda pretensão de direito material deve corresponder uma ‘ação processual’ obrigando o processualista a deixar de lado a sua preocupação com o procedimento ordinário e a partir para o estudo das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas.<sup>834</sup>

A passagem, no século que se finda, do Estado liberal para o Estado social, expôs a “necessidade de tutelar adequadamente os novos direitos sociais”.<sup>835</sup> Assim,

---

<sup>830</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, pp. 86087.

<sup>831</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 620.

<sup>832</sup> IDEM, p. 620.

<sup>833</sup> Referia-se ao Código Civil brasileiro revogado (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916).

<sup>834</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., pp. 621-622.

<sup>835</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: **Revista de processo**. Ano 27. Nº 105. São Paulo: RT, 2002, p. 11.

Passou-se a divisar no processo, desde então, metas que iam além da simples composição de litígios e que se comprometiam com as afirmações do *devido processo legal*, tanto no plano formal como no material. A missão do Judiciário a ser cumprida por meio do processo, a partir de então, vinculou-se à preocupação de efetividade, ou seja, à perseguição de *resultados* que correspondessem à melhor e mais justa composição de litígios. Foi, à luz dessa nova constatação, desse novo posicionamento institucional, que se insinuou e se fez prevalecer a teoria das tutelas diferenciadas.<sup>836</sup>

Com isto, a necessidade de efetivação da tutela dos mais diversos direitos culminou por impor não apenas a possibilidade de múltiplos procedimentos mas, além disto, o indispensável caráter de efetividade como qualidade inerente à tutela jurisdicional, condicionando-a para atender aos mais diversos reclamos dos direitos materiais. Enfim,

Não era mais aceitável sujeitar os litigantes a poucos e inflexíveis procedimentos, um apenas para cada tipo de ação ou pretensão, que muitas vezes se apresentavam inconvenientes e incômodos como verdadeiras camisas-de-força para partes e juízes. A principal preocupação dessa nova visão da tutela jurisdicional era não só a de criar novos procedimentos como abrir, sempre que possível, um leque de opções que permitisse, conforme as conveniências da parte e de seu caso, contar com mais de uma via processual à sua disposição; e dentro de um mesmo procedimento, fosse possível inserir-lhe expedientes de aceleração e reforço de eficácia, tendentes a proporcionar ao direito material da parte a mais plena tutela conforme particularidade de cada caso.<sup>837</sup>

Falar-se em tutelas diferenciadas não enseja abordagem a-histórica. Cuida-se da possibilidade e da necessidade de enquadramento da tutela jurisdicional às modelações jus-políticas segundo as qualificações paradigmáticas do direito de cada época. E se o modelo atual é o da superação do modelo individualista e autônomo, próprio do projeto de modernidade, vê-se então o direito na imperiosa necessidade de se apresentar pluralizado e universalista, diferenciando-se um do outro e multiplicando-se conforme demandarem os interesses humanos.

Nesta fase de passagem paradigmática, seja como modernidade tardia, portanto sem abandonar a questão ideológica, ou como pós-modernidade,

---

<sup>836</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. cit., p. 11.

que não se compraz com o processo ideológico, certo é que a identificação de cada direito e a sua respectiva tutela resulta em imperativo político.

A condição pós-moderna, afirma David Harvey, assimila a flexibilidade como elemento modelar,<sup>838</sup> desinteressando-se pela questão ideológica. Na área processual, Jorge W Peirano preleciona que “a condição pós-moderna se nutre de vários rasgos distributivos que convêm destacar”.<sup>839</sup> E destaca:

Em primeiro termo, cabe anotar que em seu seio se registram o que se há dado chamar o fim ou ocaso das ideologias e também o fim das utopias. Com isto significa entre outras coisas, que se vive em perda de fé nas ideologias puras e uma correlativa decadência das mesmas. Se apregoa hoje que há que ser mais amistosos com os emas e com a realidade do mundo.<sup>840</sup>

Destarte, supondo “a presença de elementos que podem classificar-se de *pós-modernos* em setores do regime processual atual é conseqüente do clima geral da época, que tudo abraça e tudo o inclui”.<sup>841</sup>

De certa forma, não custa, por outro lado, observar a posição de Ovídio Baptista, no sentido de que “vários são os pensadores que não apenas contestaram a utilidade do conceito de *ideologia*, como até mesmo sustentaram o ‘fim das ideologias’, como uma conquista do pensamento contemporâneo”.<sup>842</sup> Isto para salientar que até mesmo o optar pelo reconhecimento ou não da questão ideológica no direito da atualidade parece mesmo tratar-se de questão política. E ideológica, pode-se fundamentalmente reconhecer.

Antes de qualquer outra coisa, vê-se o direito, atualmente, se debatendo entre optar por fortalecer a sua dimensão pública ou a sua dimensão privada, a ponto de questões fundamentais servirem como objeto de debates

---

<sup>837</sup> IDEM, p. 11.

<sup>838</sup> HARVEY, David. **A condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 2000, pp. 303 *et sequens*.

<sup>839</sup> PEYRANO, Jorge W. El derecho procesal postmoderno. In: **Revista de processo**. Ano 21. Nº 81. São Paulo: RT, 1996, p. 141. No original: “La condición postmoderna se nutre de varios rasgos distributivos que conviene destacar”.

<sup>840</sup> IDEM, pp. 141-142. No original: “En primer término, cabe acotar que en su seno se registran lo que se há dado en llamar el fin u ocaso de las ideologias y también el fin de las utopias. Con ello se significa entre otras cosas, que se vive en pérdida de fé en las ideologias puras y una correlativa decadencia de las mismas. Se predica hoy que hay que ser más amistosos con los demás y com la realidad del mundo”.

<sup>841</sup> IDEM, p. 144.

<sup>842</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 7.

jurídicos os mais renhidos, vendo-se, por exemplo, o problema relacionado com a possibilidade ou não de se permitir suscitações de tutela a direitos fundamentais contra apenas entidades estatais (verticalizando a tutela de tais direitos), ou, também, em face de particulares (horizontalizando-as).<sup>843</sup>

Ao bastasse isto, já mesmo a opção metodológica se debate entre a naturalização e a positivação dos novos direitos, notadamente aqueles ditos fundamentais, no sentido de que, pela primeira hipótese, seriam eles tuteláveis independentemente de estarem listados em textos normativos, notadamente naqueles com *status* constitucional, pela segunda se exigindo o devido enquadramento normativo para tanto.

Outra questão que assoma da necessidade de serem os mais variados direitos tutelados é aquela relacionada com a sua finalidade teleológica de se configurar ou não como justo tutelá-los diferentemente, tratando-se, tal questão, da incidência ético-política nas tutelas diferenciadas.

Por fim – e diz-se assim tão-somente para não levar o debate às possibilidades infinitas –, também a importação de teorias acerca da necessidade de serem tutelados novos direitos a partir do seu enquadramento lógico-teórico, demanda estratégia política de adaptação ou não das mesmas à realidade social, econômica e jurídica nacional, impondo-se um redimensionamento do conceito do próprio Estado.<sup>844</sup>

#### 4. 7. Tutelas de urgência

O denominado acesso à justiça compõe três propostas: a) como acesso ao Poder Judiciário, que no sistema constitucional se insere no direito de petição; b) como acesso ao provimento justo, elemento ético e teleológico das decisões judiciais; c) como acesso a um instrumento tutelatório adequado. Nesta

---

<sup>843</sup> A respeito deste debate, Ingo Wolfgang SARLET organizou e fez publicar textos de autores diversos (**Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003).

última hipótese se insere a necessidade de procedimentos adequados à satisfação de interesses tutelados juridicamente.

As tutelas diferenciadas, dentre as quais se destacam as tutelas de urgência, se mostram como elementos indispensáveis ao acesso à justiça enquanto instrumento tutelatório adequado, já que

É preciso que ao tempo do processo seja dado o seu valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão. (...). Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz). Não é possível desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo. O cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça.<sup>845</sup>

Convém, pois, verificar o que pode ser compreendido como tutela de urgência, bem como as suas bases filosófico-conceituais e político-concretizadoras.

#### 4. 7. 1. Considerações conceituais

A atividade estatal desenvolvida para a efetivação do contido nas regras de direito denomina-se jurisdicional. E deve ter uma qualidade tal que tutele toda e qualquer espécie de direito deduzido por quem aciona a atividade jurisdicional, nisto a noção de tutelas jurisdicionais diferenciadas, ou seja, de tutelas que se diferenciem entre si em tantas modulações quantas o direito a ser tutelado exija.

---

<sup>844</sup> Veja-se, a respeito, reunião e publicação de textos organizados por Ricardo Marcelo FONSECA (**Repensando a Teoria do estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004).

<sup>845</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: RT, 1997, pp. 17 e 19.

Uma das diferenças salientadas entre os direitos deduzidos em juízo é aquela relacionada com a sua dimensão temporal, umas reclamando maior brevidade que outras, sob pena de colocar-se em risco ou até mesmo esvaziar-se totalmente o efeito pretendido da jurisdição. Às necessidades mais rápidas conduzem-se as denominadas tutelas de urgência.

Alvaro J. D. Perez Ragone preleciona que as tutelas de urgência são espécies das chamadas ‘tutelas jurisdicionais diferenciadas’, mas com proeminência do fator temporal como estímulo de atuação”.<sup>846</sup> Nestes termos, convém estacionar na classificação que Ovídio Baptista da Silva faz às tutelas de urgência como “basicamente em três grupos: a) tutela de urgência satisfativa autônoma; b) tutela de urgência satisfativa interinal; c) tutela de urgência propriamente cautelar”.<sup>847</sup>

Como se vê, a última das tutelas de urgência indicadas – propriamente cautelar – não tem a função das demais de satisfazer o direito reclamado, e, portanto, “Assegura, porém não satisfaz o direito assegurado”.<sup>848</sup>

Quanto às duas primeiras espécies de tutela, Ovídio Baptista esclarece que “satisfazer o direito é dar-lhe vigência fática, no plano das relações humanas, em última análise, é realizá-lo”. Quanto à diferença encontrada entre a “satisfativa autônoma” e a “satisfativa interinal” parece mesmo didática e dizendo respeito às localizações geográfico-processuais e sem despertar interesse conceitual, a primeira ocorrendo em processo autônomo e a segunda sem autonomia processual.

Observa-se, destarte, que as denominadas tutelas de urgência tanto servem para satisfazer (tutela de urgência satisfativa) como para assegurar (tutela de urgência cautelar).

Outro elemento importante e caracterizador das tutelas de urgência é aquele relativo à sua provisoriedade, seja qual for o seu objeto (satisfazer ou

---

<sup>846</sup> RAGONE, Alvaro J. D. Perez. Introducción al estudio de la tutela anticipatoria. In: **Revista de processo**. Ano 21. Nº 81. São Paulo: RT, 1996, p. 135. No original: ‘Las tutelas de urgencia que no son sino especies de las llamadas ‘tutelas jurisdicionais diferencicadas’, pero con preeminência del factor temporal como acicate de actuación’.

<sup>847</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. Volume III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 21.

<sup>848</sup> IDEM, p. 21.



assegurar o direito). Diz-se provisória pela presença do elemento modificador ou revogador das estipulações trazidas por qualquer das tutelas de urgência.

As tutelas de urgência se caracterizam, também, pelo âmbito da cognição, pois, no dizer de Luiz Guilherme Marinoni, “Para que se possa adequar o procedimento à pretensão de direito material, de grande importância é a análise da cognição, como técnica destinada à concepção de tutelas jurisdicionais diferenciadas”.<sup>849</sup> Para mencionado processualista:

A cognição é, antes de tudo, uma relação entre o sujeito (cognoscente) e o objeto (cognoscível). Esta relação entre o sujeito e o objeto se dá através da função intermediária da cognição. A cognição, inobstante, pode ter seu grau de intensidade (vertical) ou de amplitude (horizontal) diversificado, atendendo-se, diante da perspectiva da efetividade do processo, à peculiaridade da pretensão de direito material a ser tutelada. É que se levando em conta a pretensão de direito material, é possível concluir-se, através da adequação da cognição que lhe é própria, qual a forma de tutela que lhe é mais compatível. A cognição pode ser referida a dois planos distintos: horizontal, que diz respeito a amplitude de conhecimento do juiz; e vertical, que pertine à profundidade da cognição do magistrado acerca da afirmação dos fatos.<sup>850</sup>

No sentido horizontal, a cognição pode ser plena ou parcial, na medida em que seja ou não permitido conhecer a totalidade do conflito de interesses pretendido, sendo exemplo, em nosso sistema, a ação rescisória e a ação de embargos do devedor oposta à execução fundada em título judicial, nas quais não é permitido conhecer assuntos que não os estabelecidos pelo legislador. Já no sentido vertical, a cognição pode ser exauriente (esgotando o conhecimento acerca da matéria componente do conflito), sumária (satisfazendo-se com o conhecimento aparente da matéria debatida) ou superficial (convencendo-se pela verossimilhança da alegação).

Finalmente, as tutelas de urgência guardam relação com a qualidade do seu provimento, isto é, com o nível de imutabilidade da coisa julgada que dela decorra.

---

<sup>849</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: RT, 1994, p. 21.

<sup>850</sup> IDEM, p. 21.

Da cognição que, no sentido vertical, se contenta com juízos sumários ou superficiais, não exigindo conhecimento aprofundado da matéria que forma o conflito de interesses, outra não decorreria disto que não a opção de marcá-lo pela mutabilidade do seu conteúdo, imprópria para a coisa julgada material. Marinoni trata este assunto nos seguintes termos:

A cognição sumária não permite carga declaratória suficiente para a produção de coisa julgada material. Não estamos afirmando, como fazem alguns processualistas, ao confundirem coisa julgada material com efeitos da sentença, que a sentença sumária não faz coisa julgada material porque é provisória. Absolutamente, a possibilidade de modificação dos efeitos da sentença, sem que essa modificação interfira com o enunciado da sentença, é aspecto inerente a qualquer espécie de sentença. Deveras, no caso da sentença sumária, imutável é o próprio conteúdo da sentença; não somente seus efeitos.<sup>851</sup>

José Joaquim Calmon de Passos chega a defender que as tutelas de urgência cautelares meritórias (não liminares) “são insuscetíveis de modificação, se não houver alteração na situação de fato”,<sup>852</sup> sugerindo nisto a presença de elemento caracterizador da coisa julgada material. Marinoni discorda de tal posicionamento com o seguinte argumento:

Não é necessária a alteração da circunstância de fato ou do fundamento jurídico, mas tão só a modificação do nível vertical cognitivo do juiz sobre a afirmação do fato, para que o enunciado sumário possa ser asseverado em contrário. Isso significa a inexistência de coisa julgada material no processo cautelar.<sup>853</sup>

Se não é necessária a alteração da situação de fato – o que, segundo Calmon de Passos, conduziria a uma imutabilidade da tutela cautelar – mas, como assegura Marinoni, bastando que a maior intensidade cognitiva acerca dos fatos conduza a que o provimento cautelar seja modificado, não parece mesmo aceitável falar-se em coisa julgada material, ou, como prefere Calmon de Passos, imutabilidade, para as tutelas cautelares.

Como disposição jurídico-processual, tutela de urgência deve ser compreendida por dois enfoques jurídicos, um deles acerca da efetivação

---

<sup>851</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 31.

<sup>852</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume X. Tomo I. São Paulo: RT, 1984, p. 237.

<sup>853</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 32.

jurisdicional das regras de direito, outro como qualificação e enquadramento temporal de mencionada tutela. Tutela, ao que se vê, pautada em elementos políticos de efetivação de tais regras; urgência, por outro lado, repousando prioritariamente nos fundamentos filosóficos relacionados com o tempo.

Enfrentemos estas questões, de logo observando que “Se em direito interno a lei é a expressão da vontade geral, o direito internacional oferece, com sua característica humanitária, ao menos um exemplo de uma convenção que reflete verdadeiramente a expressão de uma vontade individual”.<sup>854</sup> É que, tanto política como conceitualmente, as tutelas de urgência não se limitam ao espaço interno ou internacional dos direitos, já que perpassadas por uma universalidade filosófica e por uma imperatividade política que abraça e abrange as concepções nacionais e internacionais de efetividade.

#### 4. 7. 2. Elementos filosófico-conceituais

Segundo François Dosse, nos conduzimos atualmente por “Novas posturas intelectuais, novos modelos e referências técnicas, ou seja, uma grande mutação conceitual é perceptível nesse momento, em decorrência de um certo vazio deixado pelo desaparecimento dos paradigmas em vigor nos anos 60/70 (marxismo, estruturalismo, funcionalismo)”.<sup>855</sup> O problema se agrava com as opções ditas intelectualmente abusivas, pelas quais

(...) os autores tentam desesperadamente atribuir aos vagos discursos no campo das ciências humanas um tom de ‘cientificidade’ invocando algumas aparências externas da matemática”, ou quando “qualquer pretensão de ‘cientificidade’ é abandonada e a

---

<sup>854</sup> BRETTON, Philippe. De quelques problèmes de droit international humanitaire posés par les combattants dans les conflits armés contemporains. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**. Ano 30. Nº 125. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1981. Consta no original: ‘Si en droit interne la loi est l’expression de la volonté générale, le droit international offre, avec sa branche humanitaire, au moins un exemple d’une convention qui a été véritablement l’expression d’une volonté individuelle’.

<sup>855</sup> DOSSE, François. **A história à prova do tempo**: da história em migalhas ao resgate do sentido. São Paulo: UNESP, 2001, p. 7.

filosofia subjacente (na medida em que se pode identificar) inclina-se na direção do irracionalismo ou do niilismo.<sup>856</sup>

Portanto, de um lado os do conceito unicamente científico, de outro os do nenhum cientificismo conceitual. Evidente que, em ambos os casos, cientificidade é encerrada no sentido moderno e indiferente àquele outro sentido que consta em Giambattista Vico, como necessidade cronológica para tudo que é forma de saber, inclusive e, sobretudo, o científico. Vico sugere três espécies de tempo: a dos religiosos (absoluto, mítico, não-mensurável); a dos obstinados (heróico, não se quedando diante mesmo da certeza de sua finitude); a dos modestos (preso aos fenômenos naturais).

E é a última espécie dos tempos da jurisprudência romana, começando pelo tempo da liberdade popular. Onde, primeiramente, os pretores, para acomodar as leis à natureza, costumes, governo romano, já transformados, tiveram de abrandar a severidade e suavizar a rigidez da lei das XII Tábuas, ordenada, quando era natural, nos tempos heróicos de Roma; e, depois, os imperadores tiveram de desnudar todos os véus com os quais haviam coberto os pretores, e fazê-la aparecer aberta e generosa, como convém à cortesia com a qual as nações se haviam habituado, a equidade natural. Por isso, os jurisconsultos com a “espécie de seus tempos” (como se pode observar) justificam quando meditam sobre o justo: pois essas são as espécies próprias da jurisprudência romana, nas quais pactuaram os romanos com todas as nações do mundo, a eles ensinadas pela providência divina, que os romanos jurisconsultos estabelecem como princípio do direito natural das gentes.<sup>857</sup>

Fala-se com acerto que as tutelas de urgência estão justificadas por evitar dilações temporais indevidas e indesejáveis ao processo como instrumento da jurisdição. Entretanto, vê-se que “Em qualquer caso, deve reiterar-se que o direito a um processo dentro do seu prazo razoável ou sem dilações indevidas constitui um conceito jurídico indeterminado que deve apreciar-se sempre em função das circunstâncias do caso”.<sup>858</sup> E a questão se aprofunda quando se sabe que

O direito a um processo dentro de um prazo razoável ou sem dilações indevidas possui substantividade própria por imperativo da garantia de seu conteúdo essencial.

---

<sup>856</sup> SOKAL, Alan; BRICKMONT, Jean. **Imposturas intelectuais**. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 26.

<sup>857</sup> VICO, Giambattista. **A ciência nova**. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 427.

<sup>858</sup> PONS, Enrique García. **Responsabilidad del Estado**: la justicia y sus limites temporales. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997, p. 208. No original: “En cualquier caso, debe reiterarse que el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas constituye un concepto jurídico indeterminado que debe apreciarse siempre en función de las circunstancias del caso”.

Aceitar a doutrina da confusão implica o esvaziado de seus efeitos reparadores e, por conseguinte, de sua própria existência como tal direito para além do retórico.<sup>859</sup>

Pode-se dizer que tal se dá pelas características sociológicas do direito, de sua efetividade sociológica, de sua concretização social. De Coimbra, a professora Conceição Gomes, analisando processos criminais, chegou à conclusão de que “A análise sociológica da tramitação daqueles processos-crime e do desempenho dos agentes judiciais que neles trabalharam exige algumas especificações de ordem analítica”,<sup>860</sup> compreendendo que “A primeira diz respeito ao conceito de tempo”,<sup>861</sup> “A segunda especificação é a que distingue entre os conceitos de duração e morosidade processual”<sup>862</sup> e “A terceira especificação prende-se com o conceito de *morosidade*”.<sup>863</sup>

Para as tutelas de urgência, convêm os conceitos de um tempo prático-empírico que mensure a atividade jurisdicional, e de um tempo orgânico-funcional que temporalize a realidade histórica do direito. No primeiro caso, fala-se em quantidade, no segundo, pensa-se em qualidade da atividade jurisdicional. Para Mario Bretone,

O tempo prático-jurídico (...) pode apresentar-se como o tempo dos relógios e dos calendários em uma medição regular (...). O tempo também pode apresentar-se como algo orgânico e formar com seus efeitos uma só coisa: se move, então, “em uma só direção, através do ciclo do nascimento, crescimento, desenvolvimento, decadência e morte”.<sup>864</sup>

Estando as tutelas de urgência, de fato, voltadas para a mensuração temporal dos atos praticados para a efetivação do direito deduzido, temporaliza-se prática e empiricamente. Por outro lado, servindo como elemento indispensável para

---

<sup>859</sup> IDEM, pp. 217/218. No original: “El derecho a un proceso dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas posee sustantividad propia por imperativo de la garantía de su contenido esencial. Aceptar la doctrina de la confusión implica el vaciado de sus efectos reparadores y, por ende, de su propia existencia como tal derecho más allá de lo retórico”.

<sup>860</sup> GOMES, Conceição. **O tempo dos tribunais**: um estudo sobre a morosidade da Justiça. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 17.

<sup>861</sup> GOMES, Conceição. Ob. cit., p. 17.

<sup>862</sup> IDEM, p. 19.

<sup>863</sup> IDEM, p. 20.

<sup>864</sup> BRETONE, Mario. **Derecho y tiempo en la tradición europea**. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 41. No original: El tiempo práctico-empírico (...) puede presentarse como el tiempo de los relojes y de los calendarios en una medición regular (...). El tiempo también puede presentarse como algo orgánico y formar con sus efectos una sola cosa: se mueve, entonces, “en una sola dirección, a través del ciclo del nacimiento, crecimiento, desarrollo, decadencia y muerte”.

os propósitos jurídicos (resolução de conflitos de interesses, paz, justiça), reclama uma temporalidade orgânica e funcional.

Decorre disto que as atividades jurisdicionais podem e devem ser temporalizadas de dois modos: um conceitualmente positivo, ajustando-se às necessidades temporais dos conflitos de interesses, denominada duração; outro conceituado negativamente por desajustá-las a tais necessidades tanto para mais, chamada pressa, como para menos, denominada morosidade, cujas plenitudes levam, respectivamente, à duração desordenada (caos) à duração vazia (repouso). Por outro argumento, Gaston Bachelard diz que “essa é a evidência de que há um comportamento duplo diante dos fenômenos do tempo”.<sup>865</sup>

Após dizer que a causa e o efeito perpassam cisões temporais na medida em que cada um contém estrutura temporal própria, Bachelard afirma que são tais estruturas que constituem a duração tanto da causa como do efeito.<sup>866</sup>

Mas o que afirmamos é que essa duração, de alguma maneira imobilizada para constituir separadamente a causa e o efeito, não tem nenhuma eficácia para ligar o efeito à causa. Não temos de levar em conta a duração na causa, nem a duração no efeito, para ligá-los temporalmente. No interior da causa, a duração é apenas preparação. Para além do efeito, a duração é apenas amortecimento. Um fenômeno longamente preparado não reage com mais força do que um fenômeno brusco. (...). Dispõe-se quase sempre de todos os meios para acelerar um efeito quando se compreende bem qual é a causa.<sup>867</sup>

Bem de ver, outrossim, que o efeito conduz sempre a um juízo físico posterior, ainda quando antecipado, uma vez que a sua antecipação não passa de expectativa, potencializando a sua ocorrência, a sua experiência. Bachelard ensina que “o juízo de experiência não é apenas *a posteriori*: ele é tardio”.<sup>868</sup>

Indo-se por outra por outro caminho, mostra-se aceitável que todo e qualquer encaminhamento da duração como relação entre causa e efeito se impõe pelo desenvolvimento de atividade intelectual que bem pode ser dita com os termos ação, pensamento, discurso. Se “A ação, o pensamento, o discurso, reunidos assim

---

<sup>865</sup> BACHELARD, Gaston. **A dialética da duração**. São Paulo: Ática, 1988, p. 37.

<sup>866</sup> BACHELARD, Gaston. Ob. cit., p. 54.

<sup>867</sup> IDEM, p. 54.

<sup>868</sup> IDEM, p. 55.

em seus cumes sucessivos, ganham uma continuidade de composição que domina com toda evidência a continuidade subalterna da execução”,<sup>869</sup> pode-se então dizer que “essa continuidade é ainda mais sensível, aparece como ainda mais eficaz, quando nos limitamos a apresentá-la como uma gradação totalmente lógica, totalmente estática. Ela tem como efeito uma virtude dinâmica. Traz consigo a *rapidez*”.<sup>870</sup>

Então, sinaliza Bachelard, forçoso assimilar a duração tanto física como intelectualmente, sem o que inexistirá a consolidação da efemeridade da causa com a consistência do efeito. No caso do direito, mais especificamente das tutelas de urgência, a consolidação de suas causas com os seus efeitos é que se mostrará capaz de atribuir-lhe duração como tempo não exageradamente acelerado.

O problema conceitual da morosidade, de cunho nitidamente negativo, não se conforma com a simples oposição ao problema da duração uma vez que, enquanto esta abraça as possibilidades, a morosidade se firma na direção da destemporalização da realidade, e isto não pode ocorrer antecipadamente. Com efeito, veja-se a advertência feita por Conceição Gomes, nos seguintes termos:

Ao contrário da expressão duração, *morosidade* é um conceito negativo que denota um anormal lapso de tempo. Sendo de vária ordem os factores ou circunstâncias que contribuem para a dilação anormal do processo, o conceito deverá ser o mais aberto possível. Consideramos, assim, que há morosidade sempre que se ultrapasse o tempo legalmente necessário para a prática de determinado acto ou para o decurso de determinada fase; sempre que na tramitação do processo se verifique uma paragem anormal (porque não tem relação com a causa principal ou porque se espera por determinada informação ou diligência) ou o seu *andamento aparente*; e, sempre que não se esteja a proteger qualquer direito, a dilação do processo seja funcionalmente provocada. Neste caso estamos perante o que se designa por *morosidade funcional*, em que o retardamento do processo é funcional a uma das partes, no caso dos processos crime ao arguido, e, por essa razão, é provocado.<sup>871</sup>

Morosidade se opõe à pressa, formando ambas as dimensões dialéticas da duração, fixando as suas ondulações e rítmicas, aquela caminhando

---

<sup>869</sup> IDEM, p. 73.

<sup>870</sup> IDEM, p. 73.

<sup>871</sup> GOMES, Conceição. Ob. cit., p. 21.

em direção à degeneração da realidade, a pressa induzindo a desordenação da realidade. Tudo pelo que Bachelard denomina ritmanálise, espécie de “necessidade primitiva de agradar e consolar”.<sup>872</sup>

Sustentada pela necessidade de ser justa, a atividade jurisdicional reclama um proceder temporalizado conceitualmente, sob pena de ensejar propostas e resultar efeitos a-históricos (míticos) ou se pautar por uma historicidade atrasada (presa a conceitos superados) ou futurista (baseada em uma espécie de devir conceitual até então incompreensível e inaceitável). De Augusto Morello, a noção de que

O dado tempo sempre tem sido principal no cenário da justiça. Ante a aceleração histórica que nos toca viver, seu significado cobra ainda um valor maior. O custo adicional que consome o andamento do processo e o esgotamento de suas diversas fases estruturais, para chegar à sentença e, logo, à sua execução, é excessivamente oneroso. Se os direitos em tutela revestem caráter familiar ou de natureza extrapatrimonial, o deferimento da composição de composição da lide leva a carga de um decréscimo espiritual e um *plus* de desassossego. Quando, como é mais freqüente, o conteúdo do processo aloja uma lide econômica, e como em anos anteriores, existe perda do poder aquisitivo da moeda, seu indefinido alargamento conspira contra o ideal de uma pronta e adequada liquidação jurisdicional. Tudo isto é suficientemente sabido e a literatura do processo, com insistência, o há denunciado pondo, assim mesmo, em relevo a necessidade de encontrar soluções possíveis, a fim de que o povo as sinta oportunas e benéficas, e em escala proporcional à gravidade dos atuais conflitos e necessidades.<sup>873</sup>

É por conta disto que as tutelas de urgência reclamam a inserção de conceitos filosóficos na apreciação de suas proposições.

---

<sup>872</sup> BACHELARD, Gaston. Ob. cit., p. 134.

<sup>873</sup> MORELLO, Augusto M. **La eficacia del proceso**. Buenos Aires: Hamurabi, 2001, p. 17. No original: ‘El dato tiempo siempre há sido principal en el escenario de la justicia. Ante la aceleración histórica que nos toca vivir, su significado cobra todavía un valor mayor. El costo adicional que consume el entramado del proceso y el agotamiento de sus diversas fases estructurales, para arribar a la sentencia y, luego, a su ejecución, es sobradamente oneroso. Si los derechos en tutela revisten carácter familiar o de naturaleza extrapatrimonial, el diferimiento de la composición de la litis lleva la carga de un menguamiento espiritual y un *plus* de desasosiego. Cuando, como es más frecuente, el contenido del proceso aloja una litis económica, y como en años anteriores, existe pérdida del poder adquisitivo de la moneda, su indefinido alargamiento conspiraba contra el ideal de una pronta y adecuada liquidación jurisdiccional. Todo esto es suficientemente sabido y la literatura del proceso, con insistencia, lo ha denunciado poniendo, asimismo, de relieve la necesidad de plasmar soluciones posibles, a fin



#### 4. 7. 3. Elementos político-concretizadores

No sentido político, para alguns, como Victor Guerrero Apraez, o direito se efetiva por uma espécie de disputa judicial, cuja matriz se aproxima do combate militar, em um momento denominado, em ambos os casos, de litígio. De fato,

Existe um momento específico de configuração propriamente dita da contenda ou batalha judicial, um ponto temporal no qual a disputa fica sacramentalmente configurada como tal. (...). Na linguagem jurídica processual, este instante é conhecido sob o termo latino de *Litis Contestatio*, que constitui dentro da configuração do conflito social, o momento temporal de onde se trava, instaura ou configura a relação jurídica processual propriamente dita.<sup>874</sup>

Mas qualquer litígio, à exceção daqueles motivados por patologias sociais ou psicológicas, paradoxalmente persegue a paz, tanto pela composição dos interesses envolvidos como pela submissão dos interesses de um pelo outro.

O ótimo seria que os litígios se resolvessem com o acatamento do direito de uns pelos outros, segundo a via ética de que assim deve ser. Mas não ocorrendo assim, que ao menos a censura social pudesse compor moralmente os conflitos. Também nem sempre acontece deste modo. Resta, como salienta Bernardo Sorj, a institucionalização dos conflitos pela atividade reguladora (juridificação) e a sua conseqüente judicialização. Ainda segundo Bernardo Sorj,

A análise da juridificação e da judicialização da sociedade pode ser feita em vários níveis: O nível dos processos mais gerais de invenção de direitos. Associados a grandes momentos históricos, cujo impacto se estende em processo de longa duração e afetaram todas as sociedades que se integram à modernidade. Os processos sociais específicos dentro dos quais surgiram e/ou foram absorvidas as diversas ondas de direitos. O impacto desses processos nas relações entre os

---

de que el pueblo las sienta oportunas y beneficiosas, y en escala proporcional a la gravedad de los actuales conflictos y necesidades”.

<sup>874</sup> APRAEZ, Victor Guerrero. **Hacia una genealogia de las formas jurídicas**: tesis para optar al título de abogado. Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1993, p. 43. No original consta: “Existe un momento específico de configuración propriamente dicha de la contienda o batalla judicial, un punto temporal en el cual la disputa queda sacramentalmente configurada como tal. (...) En lenguaje jurídico procesal, éste instante es conocido bajo el término latino *Litis Contestatio*, que constituye dentro de la diégesis procedimental del conflicto judicial, el momento temporal donde se trava, instaura o configura la relación jurídica procesal propriamente dicha”.

poderes. As transformações específicas do Poder Judiciário, sua organização e composição social e ideológica.<sup>875</sup>

Depois de indicar o que tem sido considerado como quatro ondas (dimensões ou gerações) dos direitos fundamentais, Bernardo Sorj diz que nos deparamos com

(...) a hipótese de que nos achamos no limiar de uma quinta onda de direitos (...) que tratará de questões decisivas para a humanidade por seus aspectos irreversíveis, questões relacionadas a tecnologias aplicadas ao ser humano enquanto espécie, em especial a engenharia genética e a novas formas de reprodução e futuramente os mecanismos de integração entre sistemas informáticos e a mente humana.<sup>876</sup>

Ainda conforme Bernardo Sorj,

É importante ressaltar que essas ondas tiveram pontos de partida mas nunca chegaram a adquirir um ponto final. Em outras palavras, cada um desses direitos está em permanente desenvolvimento e mutação; a quarta onda, inclusive, pode ser considerada em boa parte um aprofundamento da primeira onda de direitos civis. Tampouco a expansão do conjunto de direitos é um simples processo cumulativo. Na verdade, é um processo que apresenta, em vários sentidos, relações conflitantes e contratendências, tanto no âmbito dos valores como de sua aplicação prática.<sup>877</sup>

O distanciamento entre a realidade discursiva e a efetivação das regras de direito conduz à denominada concepção programática desmoralizadora do direito. Com isto, o processo de juridificação (tutela material dos direitos), tomando por base as denominadas dimensões do direito não somente impõe a elaboração de um direito estatal como uma subida à órbita supra (inter, ultra, super) estatal conveniente e necessária para a efetivação dos novos direitos, ou, melhor dizendo,

---

<sup>875</sup> SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 103.

<sup>876</sup> IDEM, p. 104. Por outro lado, seriam: a) de primeira dimensão a “afirmação dos direitos civis de propriedade e da vida”, a “proteção contra o poder do soberano, o direito a não ser oprimido, expropriado, maltratado” (conta o Estado); b) de segunda dimensão a “participação política, de universalização dos direitos à livre organização, expressão e voto” que assegurem “à participação dos indivíduos na definição dos destinos da comunidade de cidadãos (em face do Estado); c) de terceira dimensão as “medidas de proteção dos desempregados, dos menores e dos inválidos” e “mecanismos de universalização do acesso à educação, à saúde e à moradia” e aquelas outros ligados ao “mundo do trabalho, à criação de condições de trabalho e proteção contra o desemprego” (através do Estado); d) de quarta dimensão os associados “em particular à ecologia” e incluindo “uma série de novos direitos” como por exemplo “o meio ambiente, os animais, o feto e o conjunto de fenômenos associados à reprodução em geral, além de outras problemáticas também criadoras de sujeitos de direito, como o direito das vítimas – entre as quais, grupos étnicos e sexuais –, e que se referem muitas vezes a atos cometidos por outras gerações e cujos participantes, inclusive, já não estão vivos”; criando expectativas “de direitos pertencentes às gerações futuras” (no interior do Estado).

<sup>877</sup> SORJ, Bernardo. Ob. cit., pp. 104-105.

das novas características dimensionais dos direitos. Tal fator traz, para o interior dos Estados, uma dinâmica diferenciada no trato das novas demandas sociais, impondo-se maior substancialização, análise crítica e politização dos instrumentos antes nitidamente formais, acríticos e apolíticos. Bernardo Sorj indica, dentre outros, os seguintes problemas que devem ser enfrentados para a efetivação das regras de direito:

a) crise de valores já que os fundamentos da sociedade democrática estremecem diante da “perda de confiança no futuro da humanidade” e dos “desafios apresentados pelas novas tecnologias”, mobilizando “problemas éticos que o sistema político (pressionado demais por interesses privados e de mercado) tem dificuldades em elaborar”,<sup>878</sup>

b) crise comunicacional por conta das “novas identidades que não aceitam a existência de um espaço público comum nem a soberania do Estado democrático sobre decisões relativas à organização da ordem social”,<sup>879</sup>

c) aceleração do processo de dessacralização do Estado e da sociedade, “pelos processos de globalização e pelas ideologias privatizantes que igualam o Estado a uma empresa”,<sup>880</sup>

d) institucionalização e superposição de direitos fora do âmbito estatal, “associado à formação de uma sociabilidade global”,<sup>881</sup>

e) imposição da vontade jurídica dos países dominantes, notadamente tratando de “comércio, patentes, normas técnicas, luta contra o narcotráfico”, sobre os demais,<sup>882</sup>

f) transferência da solução de conflitos antes atribuída a outras áreas estatais (do Executivo e do Legislativo) para o Judiciário, o que “modifica a relação entre os poderes, gera a crescente politização do Judiciário e afeta sua capacidade de funcionamento como poder responsável pela aplicação das leis”,<sup>883</sup>

---

<sup>878</sup> IDEM, p. 111.

<sup>879</sup> IDEM, p. 111.

<sup>880</sup> SORJ, Bernardo. Ob. cit., p. 111.

<sup>881</sup> IDEM, p. 112.

<sup>882</sup> IDEM, p. 112.

<sup>883</sup> IDEM, p. 112.

g) crescente nível das demandas aumentando a morosidade e os custos do Judiciário, dificultando o acesso à justiça, o que “permite aos mais poderosos, quando os favorece, proteger seus interesses refugiando-se em longos processos judiciais”,<sup>884</sup>

h) individualizando identidades e gerando “as mais diversas formas de associativismo infra e supranacional, que convergem com e reforçam a crise do sistema de representação baseado em partidos que desfrutam o poder do Estado”, diminuindo sensivelmente a legitimidade estatal mesmo nas sociedades orgânicas com as européias e as asiáticas, mais ainda naquelas “como a brasileira, em que o Estado protegia as classes médias”,<sup>885</sup>

i) deslocando o “movimento em defesa dos direitos humanos para novas áreas”, implicando “cada vez mais na regulação de aspectos da vida pessoal que em outras épocas eram associados à vida privada”.<sup>886</sup>

Neste último sentido,

O universo público invade o universo privado, que é cada vez mais regulado, vigiado e controlado, processo que, como vimos, foi chamado por Habermas de *colonização interior*. Os indivíduos, por sua vez, perdem interesse pelo mundo público representado no Estado e nas organizações políticas. Dentro dessa nova configuração, a elaboração de projetos societários que efetivam o bem comum não desaparece, mas deixa de se concentrar no Estado. Com isso, começam a surgir dúvidas sobre a capacidade da democracia para enfrentar os desafios constituídos pelas novas dinâmicas econômicas, culturais e tecnológicas.<sup>887</sup>

Ou então, notadamente em sociedades como a brasileira, onde a juridificação “apresenta-se fundamentalmente como um caso de *substitucionalismo*”,<sup>888</sup> na medida em que, radicalmente, “espera-se que o Judiciário seja o ponto de partida da regeneração do sistema social, de luta contra a desigualdade social e o patrimonialismo”, instaurando verdadeira judicialização da sociedade brasileira, condensando-se problemas como:

---

<sup>884</sup> IDEM, p. 113.

<sup>885</sup> IDEM, p. 113.

<sup>886</sup> IDEM, p. 114.

<sup>887</sup> SORJ, Bernardo. Ob. cit., p. 114.

a) ampliação do “campo dos direitos, por vezes com uma super-regulamentação dos mais diversos aspectos da vida econômica e social, aumentando enormemente a quantidade de áreas sobre as quais o Juiciário tem o poder último da decisão”;<sup>889</sup>

b) autonomia funcional do Ministério Público, “passando de defensor dos interesses do Estado a guardião dos direitos de cidadania”, aparecendo, assim, como um novo poder que, “paralelo ao Judiciário é por vezes fonte de tensão, já que o Ministério Público volta-se para uma perspectiva de interesses coletivos e difusos, enquanto a magistratura está voltada para direitos individuais”;<sup>890</sup>

c) inflação jurídica decorrente, em muito, de regras de direito dizendo respeito a problemas inflacionários e de estabilização monetária, com aumento de ações judiciais discutindo a constitucionalidade de tais normas (tributárias ou fiscais), indicando “como as questões de política econômica e monetária penetram e se apropriam de parte do tecido social ainda depois do fim da inflação”;<sup>891</sup>

d) pressão ideológica internacional por intermédio de organismos privilegiando “o financiamento de estudos e ações voltadas para a modernização dos sistemas judiciais ou para a promoção de novos sujeitos sociais com padrão similar ao norte-americano”, ou seja, com o predomínio do contratualismo nas relações sociais, produto de uma cultura individualista em permanente renovação e sem fortes tradições históricas, cuja referência são os princípios constitucionais e legais”;<sup>892</sup>

e) substancialização jurídica por “uma série de direitos programáticos mas irrealizáveis no contexto societário” ou “cujo conteúdo difuso exige do magistrado tenha que decidir caso a caso, com um nível alto de arbítrio”;<sup>893</sup>

---

<sup>888</sup> Bernardo SORJ (Ob. cit., p. 154, nota 37) esclarece o significado de *substancialismo* como “a tendência, inclusive dois membros da magistratura e do Ministério Público, a ver o Judiciário como instrumento capaz de suprir a falta de instituições políticas eficazes de defesa do cidadão”.

<sup>889</sup> IDEM, pp. 115-116.

<sup>890</sup> IDEM, p. 116.

<sup>891</sup> IDEM, p. 116.

<sup>892</sup> SORJ, Bernardo. Ob. cit., p. 116.

<sup>893</sup> IDEM, p. 117.

f) transferência de serviços estatais ao setor privado, “em particular saúde e educação mas no futuro também aposentadorias”, passando “a depender em grande parte da proteção do Poder Judiciário”,<sup>894</sup>

g) disparidades sociais entre os estados da federação, resultando em “dificuldades crescentes de processamento das relações entre o governo central e os estados” e ocasionando “um enorme potencial de transformar-se em conflito, no qual o Judiciário deverá ser chamado a ocupar um lugar importante”,<sup>895</sup>

h) necessidade de que sujeitos sociais emergentes, notadamente os menos privilegiados social, econômica e politicamente, tenham acesso à Justiça como elemento “fundamental para o futuro da democracia”.<sup>896</sup>

Especificamente no que se refere ao Poder Judiciário brasileiro, Bernardo Sorj indica alguns problemas que podem ser assim resumidos:

a) permite-se “a ser usado de forma patrimonialista por diversos saqueadores dos recursos público (...) e, em certos casos por integrantes desse poder, que chegam a estar ligados a casos de corrupção”,<sup>897</sup>

b) costuma “ser utilizado pelos grupos dominantes para postergar e encaminhar processos de acordo com suas conveniências, enquanto os grupos desfavorecidos continuam sofrendo o peso da lei”,<sup>898</sup>

c) tornou-se “um escoadouro para todos os grupos sociais afetados pelas reformas da legislação trabalhista e da previdência cujos direitos foram atingidos e que buscam proteger-se invocando princípios constitucionais”.<sup>899</sup>

Nestas condições o problema político que marca tanto as regras de direito em si, como, sobretudo, a tutela dos direitos nelas indicados, está condicionado ao amplo debate sobre as novas estruturas sociais e econômicas mundiais e nacionais, com evidentes reflexos no Judiciário nacional.

---

<sup>894</sup> IDEM, p. 117.

<sup>895</sup> IDEM, p. 117.

<sup>896</sup> IDEM, p. 117.

<sup>897</sup> IDEM, pp. 117-118.

<sup>898</sup> SORJ, Bernardo. Ob. cit., p. 118.

<sup>899</sup> IDEM, p. 118.

Tais questões, evidentemente políticas, constituem atualmente bases para qualquer iniciativa de efetivação dos direitos deduzidos judicialmente, devendo, destarte, ser considerados para a elaboração das condições adequadas para as tutelas jurisdicionais. No tocante ao tempo, as tutelas de urgência, como dito espécie do gênero tutelas diferenciadas, constituem instrumento político para a concretização dos mais variados matizes temporais do direito.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

### **5. 1. Fundamentos conclusivos**

Com o progresso social, político e tecnológico alcançado na segunda metade do século passado, o direito processual – como de resto todas ou pelo menos a maioria das áreas do saber – se viu obrigado a enfrentar problemas relativos à sua eficiência (teoria) e à sua eficácia (prática), sobretudo no que se refere ao tempo exato de sua efetivação, já que o tempo passou a significar algo determinante para a condição humana.

Percebida a mudança de opção na compreensão do tempo, elastecendo-se o agora (presente) na direção do futuro e presentalizando-se com relação ao futuro, observa-se que a urgência nas relações de convívio e a multiplicidade de interesses humanos pelas coisas que lhe digam, direta ou indiretamente, respeito, impôs a necessidade de serem pensados novos fundamentos para o direito, instaurando-se, na área processual, a denominada teoria das tutelas diferenciadas, e, com base nesta, a teoria das tutelas de urgência.

Do quanto abordado na presente pesquisa, fica, ao que se vê, demonstrada a necessidade de que as tutelas jurisdicionais de urgência estejam conceitualmente firmadas no estilo filosófico, já que a efetivação do direito pela via jurisdicional vem trazendo, além do histórico debate acerca do retorno à concepção imanente (considerando o processo como mera instância procedimental do direito material), um indisfarçável e exagerado abstracionismo do processo (qualificando-o de forma rigorosamente formalística), olvidando-se de que a efetividade do direito reclama a correlação entre a forma e a matéria.

As tutelas de urgência foram e estão sendo conduzidas por fundamentos jurídicos e, no mais das vezes, evidenciando problemas quando de sua implementação, como se pode ver, por exemplo, com as tutelas antecipatórias generalizadas pela atual dicção do artigo 273 do Código de Processo Civil brasileiro. Com efeito, apesar de inserida em nosso sistema pela Lei nº 8.952, de 1994, onze anos se passaram e a tutela antecipatória, apesar de largamente utilizada em nosso sistema quando prevista para ações típicas (por exemplo, ação possessória e ação de alimentos), não vem encontrando fundamentos que possam convencer e



converter, prática, teoricamente e suficientemente, aos que, de qualquer modo, estão envolvidos na lida jurídica.

Ao final destes estudos, estima-se que os fundamentos filosóficos e políticos sirvam de base determinante para o enfrentamento do problema mencionado, uma vez que, por um lado, exige-se rigor conceitual na delimitação e na compreensão das tutelas de urgência, e, por outro, a sua oportunidade e a sua pertinência devem estar politicamente ocasionada. Encontra-se, por exemplo, nos conceitos filosóficos de morosidade e pressa, elemento para a duração do processo, já que, tendo aquelas conceituação negativa por desequilibrarem para mais (pressa) ou para menos (morosidade), a duração, de conceituação positiva, não dispensa os conceitos de pressa e morosidade para firmar-se como desenvolvimento ajustado.

O ajustado, como aquilo que é justo, tem a sua compreensão prática e relacional, sendo-lhe necessárias as bases da conceituação política, pois é nesta que residem temas conceituais como os de oportunidade, escassez, escolha e melhor opção.

## 5. 2. Posição conclusiva

Chega-se, finalmente, à posição de que as tutelas de urgência não podem dispensar, conceitualmente, de elementos filosóficos e políticos.

No que se refere à base filosófica, por ter o estilo filosófico a característica de conjugação de todos os elementos formuladores da compreensão do que seja instrumentalidade do direito processual ôntica e ontologicamente, bem assim a do que seja tutela do direito como elemento de resolução do conflito de interesses.

As concepções acerca do tempo e a sua atual presentabilidade do futuro se mostra, dentre os caminhos filosoficamente encontráveis, o mais adequado para elaborar um saber em torno da duração do processo, seja pela suas variações histórico-conceituais, seja pela sua evidente reversibilidade abstrata. No que diz

respeito à base política, por estarem os conceitos políticos à frente das demais possibilidades teóricas para indicar qual, onde e quando o direito pode e deve ser tutelado, notadamente pela evidente multiplicidade de interesses que, atualmente, determina a condição humana.

Sem uma ida aos fundamentos filosóficos, algo de processualmente esotérico prosseguirá no tratamento até hoje dado à tutela dos direitos. Por um lado, com o ineficiente formalismo da teoria abstracionista; por outro, com a abertura dos critérios processuais às metodologias ocasionais de satisfação do direito tutelado.

## 6. BIBLIOGRAFIA

### 6. 1. Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4ª edição. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ABELENDÁ, César Augusto. **Derecho civil**: parte general. Tomo 1. Buenos Aires, Astrea, 1980.

ABENSOUR, Miguel. **A democracia contra o Estado**: Marx e o momento maquaveliano. Tradução de Cleonice Paes Barreto Mourão *et alli*. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

ACKERMAN, Bruce. **La justicia social en el estado liberal**. Tradução de Carlos Rosenkrantz. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 1996.

AGOSTINHO, Aurélio [Santo Bispo de Hipona]. **Confissões**. 16ª edição. Tradução de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. Petrópolis: Vozes, 2000.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Os filhos da flecha do tempo**: pertinência e rupturas. Brasília: Letraviva, 2000.

ALEXANDER, Robert. **Derecho y razón práctica**. Tradução não indicada. México: Fontanamara, 2002.

\_\_\_\_. Sistema jurídico, princípios jurídicos e razón práctica. Tradução de Manuel Atienza. In: **Revista Doxa**. Nº 5. Alicante: Universidad de Alicante, 1988.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos do Estado**. Tradução de J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

ALVES, Rubem. **Entre a ciência e a sapiência**: o dilema da educação. São Paulo: Legrand, 1999.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

AMADO, Janaína; FERREIRA, Marieta de Moraes. (Orgs.). **Usos e abusos da história oral**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia II**: o a priori da comunidade de comunicação. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000.

APRAEZ, Victor Guerrero. **Hacia una genealogia de las formas jurídicas**: tesis para optar al título de abogado. Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1993.

AQUINO, Tomás de. **O ente e a essência**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1980 (Coleção Os Pensadores).

ARANTES, Paulo Eduardo. **Hegel**: a ordem do tempo. São Paulo: Hucitec/Polis, 2000.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª edição. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. **O ícaro da modernidade**: direito e política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997.

ARISTÓTELES. **Obras**. Tradução de Francisco de P. Samarauch. Madri: Aguilar, 1967.

\_\_\_\_. **Órganon**: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofísticas. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2005.

ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito e século XX**: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna (ensaios de sociologia). Rio de Janeiro: Luam, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral (uma perspectiva luso-brasileira). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades modernas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ATTIÊ JÚNIOR, Alfredo. **A reconstrução do direito**: existência, liberdade, diversidade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BABINI, José. **El saber**. Buenos Aires: Galatea/Nueva Vision, s/data.

BACHELARD, Gaston. **A dialética da duração**. Tradução de Marcelo Coelho. São Paulo: Ática, 1988.

\_\_\_\_. **A formação do espírito científico**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BEDAQUE, José Roberto. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BERGSON, Henri. **Matéria e memória**: ensaio sobre a relação do corpo com o espírito. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **La pensée et le mouvant**: essais et conférences. Genebra: Albert Skera, 1946.

BERKELEY, George. **Tratado sobre o conhecimento humano**. 2ª edição. Tradução de Antônio Sérgio. São Paulo: Nova Cultural, 2005 (Coleção Os Pensadores).

BEZERRA, Luiz Antônio dos Santos. Gramsci e a sociologia jurídica. In: **Diké – Revista Jurídica da UESC**. Ilhéus: EDITUS, 2004.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia**. Tradução de Danilo Marcondes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª edição. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1997.

BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho**. Tradução de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

BRAND, Stewart. **O relógio do longo agora**: tempo e responsabilidade. Tradução de Cláudio Figueiredo. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

BRANDÃO, António José. **Vigência e temporalidade do direito e outros ensaios de filosofia jurídica**. Volume II. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2001.

BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício. (Orgs.). **Direito ao extremo**: coletânea de estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. **Código Civil**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_. **Vade Mecum acadêmico-forense**. São Paulo: Vértice, 2005.

\_\_\_\_. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Volume 188. Nº 3. Brasília: Imprensa Nacional, 2004.

BRETTON, Philippe. De quelques problemes de droit international humanitaire poses par les combattants dans les conflits armes contemporains. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**. Ano 30. Nº 125. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1981.

BRETONE, Mario. **Derecho y tiempo en la tradición europea**. Tradução de Isidro Rosas Alvarado. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

BRUSIIN, Otto. **O pensamento jurídico**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: EDICAMP, 2001.

BUNGE, Mário. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2002.

CABRAL, Álvaro; NICK, Eva. **Dicionário técnico de psicologia**. 10ª edição. São Paulo: Cultrix, 2000.

CABRERA, Júlio. **Projeto de ética negativa**. São Paulo: Mandacaru/Graphbox, 1990.

CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CARDUCCI, Michele. **Por um direito altruísta**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial *et alli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARNELLI, Lorenzo. **Tiempo y derecho**. Buenos Aires: Librería Jurídica, 1952.

CARNELUTTI, Francesco. **Arte do direito**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. São Paulo: EDICAMP, 2001.

\_\_\_\_. **Instituições do processual civil**. Volume 1. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

\_\_\_\_. **Metodologia do direito**. Tradução de Frederico A. Paschoal. Campinas: Bookseller, 2002.

\_\_\_\_. **Teoria geral do direito**. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000.

CAYGILL, Howard. **Dicionário Kant**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CHACON, Valmireh. **Max Weber: a crise da ciência e da política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

CHÂTELET, François *et alli*. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Volume 1. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra: Almedina, 1986.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado: pesquisa de antropologia política**. Tradução de Theo Santiago. São Paulo: Cosac & Naifty, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Roteiro de lógica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.



COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário filosófico**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_. **O ser-tempo**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CONCHE, Marcel. **Orientação filosófica**. Tradução de José Maria Perillo Isaac. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DARTIGUES, André. **O que é fenomenologia?** 3ª edição. Tradução de Maria José J. G. de Almeida. São Paulo: Moraes, 1992.

DAVID, René. **Grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DAVIES, Paul. **O enigma do tempo**: a revolução iniciada por Einstein. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. 5ª edição. Tradução de António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

DERRIDA, Jacques. **Fuerza de ley**: el fundamento místico de la autoridad. Tradução de Adolfo Barberá e Patrício Penalver Gómez. Madri: Tecnos, 1997.

DESCARTES, René. **Princípios da filosofia**. 3ª edição. Tradução de Alberto Ferreira. Lisboa: Guimarães, 1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1986.

\_\_\_\_. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_. Reflexões sobre direito e processo. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**. Ano 27. Nº 117. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1971.

\_\_\_\_. Tutela jurisdicional. In: **Revista de processo**. Ano 21. Nº 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DOSSE, François. **A história aprova do tempo**: da história em migalhas ao resgate do sentido. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: UNESP, 2001.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

\_\_\_\_. **Sociologia e filosofia**. Tradução de Paulo J. B. San Martin. São Paulo: Ícone, 1994.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Tradução de Ephraim Ferreira Alves et alli. Petrópolis: Vozes, 2002.

DUSO, Giuseppe. (Org.). **O poder**: história da filosofia política moderna. Tradução de Andréa Ciacchi et alli. Petrópolis: Vozes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. Tradução da Editora Martins Fontes. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EINSTEIN, Albert. **Como vejo o mundo**. 7ª edição. Tradução de H. P. de Andrade. Rio de Janeiro: Contraponto, 1981.

\_\_\_\_. **A teoria da relatividade especial e geral**. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

ELIAS, Norbert. **Sobre o tempo**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6ª edição. Tradução de João Batista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

FARIAS, José Fernando de Castro. **Ética, política e direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FEYERABEND, Paul K. **Diálogos sobre o conhecimento**. Tradução de Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2001.

FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FONSECA, Roberto Piragibe da. **Breviário de principiologia jurídica**: introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro: [edição independente] 1958.

FORTI, Augusto; MAYOR, Federico. **Ciência e poder**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. Campinas/Brasília: Papyrus/UnB, pp. 33-41.

FRUCHON, Pierre. (Org.). **O problema da consciência histórica**. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

FURTADO, Antônio Augusto Mariante. **Direito, fraude & respeito mútuo** (interdisciplinaridade e direito: quatro ensaios). 2ª edição. Rio de Janeiro: Luam, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **A razão na época da ciência**. Tradução de Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª edição. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. Tradução de Vera Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2003.

GENDRAU, Isolde (Coord.). **Les fictions du droit**. Montreal: Thémis, 2001.

GILES, Thomas Ransom. **Dicionário de filosofia**: termos e filósofos. São Paulo: EPU, 1993.

GIL-ROBLES, Álvaro. **Los nuevos limites de la tutela judicial efectiva**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

GOMES, Conceição. **O tempo dos tribunais**: um estudo sobre a morosidade da justiça. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: **Revista de processo**. Ano 20. Nº 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**: introdução à teoria sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUSMÃO. Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

HABERMAS, Jünger. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Tradução de Flávio Beno Siebenneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

\_\_\_\_. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume II. Tradução de Flávio Beno Siebenneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. 9ª edição. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2000.

HAWKING, Stephen W. **O universo numa casca de noz**. Tradução de Ivo Korytowski. São Paulo: Mandarim, 2001.

HAWKING, Stephen W.; PENROSE, Roger. **A natureza do espaço e do tempo**. Tradução de Alberto Luiz da Rocha Barros. Campinas: Papirus, 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Como o senso comum compreende a filosofia**. Tradução de Eloísa Araújo Ribeiro. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

\_\_\_\_. **Fenomenologia do espírito**. 2ª. edição. Tradução de Paulo Menezes. Petrópolis: Vozes, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. 7ª edição. Tradução de Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1998a.

\_\_\_\_. **Ser e tempo**. Parte II. 7ª edição. Tradução de Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1998b.

HEISENBERG, Werner. **Física e filosofia**. 4ª edição. Tradução de Jorge Leal Ferreira. Brasília: UnB, 1999.

HEKMAN, Susan. **Hermenêutica e sociologia do conhecimento**. Lisboa: Edições 70, 1990.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução de João Vergílio Garlerani. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HINKELAMMERT, Franz Josef. **Crítica à razão utópica**. Tradução de Álvaro Cunha. São Paulo: Edições Paulinas, 1988.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução de Débora Danowsky. São Paulo: UNESP, 2001.

HUSSERL, Edmund. **A idéia de fenomenologia**. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2000.

\_\_\_\_. **Meditações cartesianas**: introdução à fenomenologia. Tradução de Franck de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001.

INTZESSILOUGLOU, Nikolaos. L'espace-temps du système juridique: de la spatio-temporalité systémique à la spatio-temporalité juridique. In: **Archives de Philosophie du droit**. Tome 2. Paris: Daloz, 1998, pp. 285-341.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

JÖNSSON, Bodil. **Dez considerações sobre o tempo**. Tradução de Marcos de Castro. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.

JULIEN, François. **Tratado da eficácia**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1998.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 2001.

\_\_\_\_. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultura, 1996 (Coleção Os Pensadores).

\_\_\_\_. **Realidade e existência**: lições de metafísica – introdução e ontologia. Tradução de Adaury Fiorotti. São Paulo: Paulus, 2002.

KAUFMAN, Arthur; HASSEMEN, Wilfried. (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KERSTEN, Márcia Scholz de Andrade. Tempo e temporalidade. In: **Revista de Ciências humanas**. Nº 9. Curitiba: UFPR, 2001, pp. 57-78.

KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

KUBLER, George. **A força do tempo**: observações sobre a história dos objetos. Lisboa: Veja, 1990.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LACLAU, Martín. **La historicidad del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2ª edição. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

LE BON, Gustave. **As opiniões e as crenças**. Tradução de Antônio Roberto Bestelli. São Paulo: Ícone, 2002.

LE GOFF, Jacques et alli. (Orgs.). **A história nova**. Tradução de Eduardo Brandão. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_. **História e memória**. Tradução de Irene Ferreira et alli. Campinas: UNICAMP, 2003.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Novos ensaios sobre o entendimento humano**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 1996 (Coleção Os Pensadores).

LÉVINAS, Emmanuel. **Da existência ao existente**. Tradução de Paul Albert Simon e Lígia Maria de Castro Simon. Campinas: Papirus, 1998.

LÈVY, Pierre. **A inteligência coletiva**: por uma antropologia do ciberespaço. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Loyola, 1998.

LIMA, João Gabriel de. Idéias que paralisam. In: **Veja**. Edição 1898. Ano 38. Nº 13. São Paulo: Editora Abril, 2005, pp. 52-56.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultura, 1997 (Coleção Os Pensadores).

LOPES, Marcos Antônio (Org.). **Fernand Braudel: tempo e história**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

LÖWY, Michael. **Ideologia e ciência social**: elementos para uma análise marxista. Tradução de. São Paulo: Cortez, 2003.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 6ª edição. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 2000.

\_\_\_\_\_. **A fenomenologia**. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Difel, 1967.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UnB, 1980.

MacINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem?** Qual racionalidade? Tradução de Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1997.

MAIA, Alexandre da. **Ontologia jurídica**: o problema de sua fixação teórica (com relação ao garantismo jurídico). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à sociologia do direito em Eugen Ehrlich**. Curitiba: Juruá, 2001.

MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia existencial do direito**: crítica do pensamento jurídico brasileiro. São Paulo: EDIPRO, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. In: **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**. Volume 28. Curitiba: Gênesis, 2002.

\_\_\_\_\_. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.



MARINONI, Luiz Guilherme et alli. **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARMOR, Andrei (Editor). **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Tradução de Luís Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MATOS, Gregório de. **Poemas satíricos**. São Paulo: Martins Claret, 2002.

MENEZES, Paulo. **Para ler a fenomenologia do espírito**: roteiro. São Paulo: Loyola, 1992.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **A natureza**. Tradução de Dominique Séglaard. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_. **Fenomenologia da percepção**. Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MILL, John Stuart. **A lógica das ciências morais**. Tradução de Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras, 1999.

MIRA Y LÓPEZ, Emílio. **Manual de psicología jurídica**. Campinas: Péritas, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **O problema fundamental do conhecimento**. Campinas: Bookseller, 1999.

\_\_\_\_. **Sistema de ciência positiva do direito**. Tomo 1. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.

\_\_\_\_. **Tratado das ações**. Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat], Barão de la Brède e. **O espírito das leis**. Volume I. Tradutor não indicado. São Paulo: Nova Cultural, 1997a (Coleção Os Pensadores).

\_\_\_\_. **O espírito das leis**. Volume II. Tradutor não indicado. São Paulo: Nova Cultural, 1997b (Coleção Os Pensadores).

MORA, Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORAIS, José Luís Bolzan de. **A idéia de direito social**: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. In: **Revista de processo**. Ano 20. Nº 77. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MORELLO, Augusto M. **La eficacia del proceso**. Buenos Aires: Hamurabi, 2001.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. 3ª edição. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

\_\_\_\_. **Ciência com consciência**. 4ª edição. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

MOSCOVICI, Serge. **Representações sociais**: investigações em psicologia social. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. Petrópolis: Vozes, 2003.

NAGEL, Thomas. **Visão a partir de lugar nenhum**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do direito. In: **Anuário do Mestrado em Direito**. Volume 5. Recife: UFPE, 1992.

\_\_\_\_. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. In: **Anuário do Mestrado em Direito**. Volume 6. Recife: UFPE, 1993.

NEWTON, Isaac. **Princípios matemáticos da filosofia natural**. Tradução de Carlos Lopes de Matos et. alli. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os Pensadores).

NUCCI, Carina. Viver agora, pagar depois. In: **Veja**. Edição 1898. Ano 38. Nº 13. São Paulo: Editora Abril, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_. Efetividade e processo cautelar. In: **Revista de processo**. Ano 19. Nº 76, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania tutelada. In: **Revista de processo**. Ano 18. Nº 72. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume X. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

\_\_\_\_. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgar. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_. Tutela jurisdicional das liberdades. In: **Revista de processo**. Ano 23. Nº 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PELBART, Peter Pál. **O tempo não-reconciliado**: imagens de tempo em Deleuze. São Paulo: Perspectiva, 1998.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 3ª edição. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2000.

PENA-VEJA, Alfredo; NASCIMENTO, Seimar Pinheiro do. (Orgs.). **O pensar complexo**. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PÉREZ, David Valespín. **El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil**: conexión entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías. Barcelona: Atelier, 2002.

PERROT, Michelle. **Os excluídos da história**: operários, mulheres e prisioneiros. Tradução de Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

PEYRANO, Jorge W. El derecho procesal postmoderno. In: **Revista de processo**. Ano 21. Nº 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Modernidade, tempo e direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PONS, Enrique Garcia. **Responsabilidad del Estado**: la justicia y sus limites temporales. Barcelona: José Maria Bosch, 1997.

POUND, Roscoe. **Justiça conforme alei**: autoridade proeminente em Direito resume a confiança que tem na justiça dos tribunais em comparação a órgãos substitutos. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1976.

RAGONE, Alvaro J. D. Perez. Introcuccion al estudio de la tutela antecipatória. In: **Revista de processo**. Ano 21. Nº 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_. **O direito e a vida dos direitos**. Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: do romantismo até nossos dias. Volume 3. 3ª edição. Tradução da Editora Paulus. São Paulo: Paulus, 1991.

REALE, Miguel. Invariantes axiológicas. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, Fascículo nº 57. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1942, pp. 224-237.

\_\_\_\_. **Fundamentos do direito**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RECK, Andrew J. **Modernas correntes filosóficas**. Rio de Janeiro: Lidador, 1963.

REHFELD, Walter I. **Tempo e religião**: a experiência do homem bíblico. São Paulo: Perspectiva/USP, 1988.

REIS, José Carlos. **Escola de Annales**: a inovação em história. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. **Direito e processo**: razão burocrática e acesso à justiça. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Tradução de Hilton Japiassú. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

\_\_\_\_\_. **Tempo e narrativa**. Tomo III. Tradução de Constança Marcondes Ferraz. Campinas: Papirus, 1997c.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

ROMESÍN, Humberto Maturana; GARCIA, Francisco José Varela. **De máquinas e seres vivos**: autopoiese – a organização do vivo. Tradução de Juan Acuña Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

ROSSI, Vera Lúcia Sabongi de; ZAMBONI, Ernesto (Orgs.). **Quanto tempo o tempo tem!** Educação, filosofia, psicologia, cinema, astronomia, psicanálise, história ... Campinas: Alínea, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

RÜSEN, Jörn. **Razão histórica - teoria da história**: fundamentos da ciência histórica. Tradução de Estevão de Resende Martins. Brasília: UnB, 2001.

SALDANHA, Nelson. As constantes axiológicas da cultura e da experiência jurídica brasileira. In: **Anuário do mestrado em direito da UFPE**. Nº 4. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 1998a, pp. 71-82.

\_\_\_\_\_. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte, Del Rey, 1993.

\_\_\_\_. **O jardim e a praça:** O público e o privado na vida social e histórica. São Paulo: EDUSP, 1993.

\_\_\_\_. **Ordem e hermenêutica:** sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant:** seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte, UFMG, 1995.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

\_\_\_\_. **Para um novo senso comum:** a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 3ª edição. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Milton. **A natureza do espaço:** técnica e tempo; razão e emoção. São Paulo: EDUSP, 2002.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Direito, política e justiça na contemporaneidade.** Campinas: EDICAMP, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada:** ensaio de ontologia fenomenológica. Tradução de Paulo Perdiggão. Petrópolis: Vozes, 1997.

SATTA, Salvatore. **Direito processual civil.** Volume I. Tradução de Luiz Autuorio. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores:** ensaios e artigos. Tradução de Marco Antônio dos Santos Casa Nova. Petrópolis: Vozes, 1994.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica:** arte e técnica da interpretação. 2ª edição. Tradução de Celso Reni Braida. Petrópolis: Vozes, 2000.

SCHNITMAN, Dora Fried (Org.). **Novos paradigmas, cultura e subjetividade.** Tradução de Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

SEMAMA, Paolo. **Linguagem e poder**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981.

SENETT, Richard. **O declínio do homem público**: as tiranias da intimidade. Tradução de Lygia Araújo Watanabe. São Paulo: Companhia de Letras, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários do Código de Processo Civil**. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_. **Curso de processo civil**. Volume III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

\_\_\_\_. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução do direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

SOUZA, José Cavalcanti de. (Seleção de textos). **Pré-socráticos**: fragmentos, doxografia e comentários. Tradução de José Cavalcanti de Souza *et alli*. São Paulo: Nova Cultura, 1996 (Coleção Os Pensadores).

SZTOMPKA, Piotr. **A sociologia da mudança social**. Tradução de Pedro Jorgensen Júnior. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997.

TARUFFO, Michele. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: IBEJ, 2001.

TEIXEIRA, António Braz. **Sentido e valor no direito**: introdução à filosofia jurídica. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2000.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico** Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: **Revista de processo**. Ano 27. Nº 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOURAINE, Alain. **O que é democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.

TUGENDHAT, Ernst; WOLF, Úrsula. **Propedêutica lógico-semântica**. Tradução de Fernando Augusto da Rocha Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1996.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Política**: textos centrais, a teoria contra o destino. São Paulo: Boitempo, 2001.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Malheiros, 1993.

VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade**: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

VICO, Giambattista. **A ciência nova**. Tradução de Marco Lucchesi. Rio de Janeiro: Record, 1999.



\_\_\_\_. **Princípios de uma ciência nova**: acerca da natureza comum das nações. 2ª edição. Tradução de Antônio Lázaro de Almeida Prado. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Coleção Os Pensadores).

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, Evaldo. **Os direitos e a política social**. São Paulo: Cortez, 2004.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VILLA, Mariano Moreno. (Diretor). **Dicionário de pensamento contemporâneo**. Tradução de Honório Dalbosco et alli. São Paulo: Paulus, 2000, pp. 617-619.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

WHITEHEAD, Alfred North. **O conceito de natureza**. Tradução de Júlio B. Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

WHITROW, G. J. **O que é o tempo?** Uma visão clássica sobre a natureza do tempo. Tradução de Maria Ignez Duque Estrada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

\_\_\_\_. **O tempo na história**: concepções do tempo da pré-história aos nossos dias. Tradução de Maria Luzia X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gascón. Madri: Trotta, 1999.

ABREU, João Leitão de. **Lei natural e lei jurídica** (estudos em homenagem a Aliomar Baleeiro). Brasília: UnB, 1976.

AGOSTINHO, Aurélio [Santo Bispo de Hipona]. **Suma teológica**. Volume I. 2ª edição. Tradução de Alexandre Corrêa. Porto Alegre/Caxias do Sul: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, Livraria Sulina e Universidade de Caxias do Sul, 1980.

ALMEIDA, Custódio Luísa Silva de et alli. (Orgs.). **A hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

ALMINO, João. **La edad del presente**: tiempo, autonomía y representación en la política. Tradução de Ana Maria Palos de Foronda. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1876**. Coimbra: Almedina, 2001.

ANDREWES, William. Uma crônica do registro do tempo. In: **Scientific American Brasil**. Ano 1, nº 5. São Paulo: Ediouro – Segmento Duetto Editorial, 2002, pp. 88-97.

APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia 1**: filosofia analítica, semiótica e hermenêutica. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000.

APRAEZ, Victor Guerrero. **Hacia una genealogia de las formas jurídicas**. Santa Fé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1993.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

\_\_\_\_\_. **Física**. Tradução de Guilherme R. de Echandría. Madrid: Gredos, 1998.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

BACHELARD, Gaston. **A dialética da duração**. Tradução de Marcelo Coelho. São Paulo: Ática, 1988.

BARBUI, Heraldo. Fenômeno e uno (em Plotino e Santo Agostinho). In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Volume X, Fascículo III. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1960, pp. 315-335.

BARROW, John D. **A origem do universo**. Tradução de Talita M. Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1995.

BASTOS, Jenner B. Influência da escola histórica nos movimentos legislativos dos séculos 19 e 20: a posição de Jhering. [concurso para catedrático de Filosofia do Direito – prova escrita]. In: **Revista da Faculdade de Direito da Bahia**. Salvador: UFBA, 1958, pp. 165-171.

BELLO, Ângela Ales. **A fenomenologia do ser humano**. Bauru, EDUSC, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2º Volume. São Paulo: Saraiva, 1989.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**: tratado de sociologia do conhecimento. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis, Vozes, 1985.

BERGSON, Henri. **A evolução criadora**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, s/data.

BIDART, Adolfo Gelksi. El tiempo e el proceso. In: **Revista de processo**. Ano 86. Nº 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliese et alli. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BORGES, Edinaldo de Holanda. **Teoria científica do direito**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

BORGES, Jorge Luís. **História da eternidade**. 4ª edição. Tradução de Carmem Cirne Lima. São Paulo: Globo, 1997.

BOSI, Ecléa. **Memória e sociedade**: lembranças de velhos. São Paulo: Companhia de Letras, 1994.

BOUTANG, Pierre. **O tempo**: ensaio sobre a origem. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Difel, 2000.

BUNGE, Mário. **Física e filosofia**. Tradução de Gita K. Gunisbung. São Paulo: Perspectiva, 2000.

CASSIRER, Ernst. **O mito do Estado**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Códex, 2003.

CASTELS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roseneide Venâncio. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CASTRO, Auto José de. Influência da escola histórica nos movimentos legislativos dos séculos 19 e 20: a posição de Jhering. [concurso para catedrático de Filosofia do Direito – prova escrita]. In: **Revista da Faculdade de Direito da Bahia**. Salvador: UFBA, 1958, pp. 173-185.

CHIQUETO, Marcos. **Breve história da medida do tempo**. São Paulo: Scipione, 1996.

CHOMSKY, Avram Noam. **Linguagem e mente**. Tradução de Lúcia Lobato. Brasília: UnB, 1998.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

COELHO, Teixeira. **Dicionário crítico de política cultural**: cultura e imaginário. São Paulo: Iluminuras, 1999.

COSTA, Elcias Ferreira da. **A essência trinitária do direito**: temas de filosofia jurídica. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996.

COSSUTTA, Frédéric. **Elementos para a leitura dos textos filosóficos**. Tradução de Ângela de Noronha Begnami et alli. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

CROSBY, Alfred W. **As mensurações da realidade**: a quantificação e a sociedade ocidental – 1250-1600. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: UNESP, 1999.

CUNHA, Luiz Fernando Whitaker da. **Pensamento herético, hermenêutica histórica, globalização e Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 2002.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Miragens do direito**: o direito, as instituições e o politicamente correto. Campinas: Milenium, 2003.

DAMASIO, Antônio R. Lembrando de quando tudo aconteceu. In: **Scientific American Brasil**. Ano 1, nº 5. São Paulo: Ediouro – Segmento Duetto Editorial, 2002, pp. 78-85.

DAVIES, Paul. Como construir uma máquina do tempo. In: **Scientific American Brasil**. Ano 1, nº 5. São Paulo: Ediouro – Segmento Duetto Editorial, 2002, pp. 62-67.

\_\_\_\_\_. Esse fluxo misterioso. In: **Scientific American Brasil**. Ano 1, nº 5. São Paulo: Ediouro – Segmento Duetto Editorial, 2002, pp. 54-59.

DENTI, Vitório; TARUFO, Michele. Costo e durata del proceso civile in Itália. In: **Rivista di Diritto Civile**. Ano XXXII. Nº 3. Padova: CEDAM, 1986, pp. 285-310.

DERRIDA, Jacques. **A voz e o fenômeno**: introdução ao problema do signo na fenomenologia de Husserl. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

DESCARTES, René. **Meditações**. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Nova Cultura, 1996 (Coleção Os Pensadores).

DOMINGUES, Ivan. **O fio e a trama**: reflexões sobre o tempo e a história. São Paulo/Belo Horizonte: Iluminuras/UFMG, 1996.

DOSSE, François. **A história à prova do tempo**: da história em migalhas ao resgate do sentido. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: UNESP, 2001.

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do direito**. Tradução de Mário Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.

EICHER, L. **Tempo geológico**. Tradução de Sérgio Estanislau do Amaral. São Paulo: Edgar Bhicher, 1975.

EL-HANI, Charbel Niño; VIDEIRA, Antonio Augusto Passos (Orgs.). **O que é vida?** – para entender a biologia do século XXI. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000, pp. 187-206.

ELIADE, Mircea. **Mito e realidade**. Tradução de Póla Civelli. São Paulo: Perspectiva, 1991.

\_\_\_\_. **Imagens e símbolos**: ensaios sobre o simbolismo mágico-religioso. Tradução de Sônia Cristina Taurer. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

ENDE, Michael. **Momo e o senhor do tempo ou a extraordinária história dos ladrões de tempo e da criança que trouxe de volta à pessoas o tempo roubado**: um conto-romance. Tradução de Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPANHA. **Diccionario de la lengua española**. Madri: Espasa, 1998.

EZZELL, Carol. Tempo e cultura. In: **Scientific American Brasil**. Ano 1, nº 5. São Paulo: Ediouro – Segmento Duetto Editorial, 2002, pp. 86-87.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão. Dominação. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_. **Comentários à Constituição brasileira**. 1º Volume. São Paulo: Saraiva, 1989.

FOLSCHEID, Dominique; WUNENBURGER, Jean-Jacques. **Metodologia filosófica**. 2ª edição. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREIRE, Sônia Barreto. Tempo e finitude em Kant e Heidegger. In: **Philosophica – Revista de Filosofia e História Moderna**. Nº 1. São Cristóvão: UFS, 2000, pp. 09-31.

GALILEI, Galileu. **O ensaiador**. Tradução de Helda Barraco. São Paulo: Nova Cultura, 1996 (Coleção Os Pensadores).

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritário Del Poder Judicial. Barcelona: Ariel, 1996.

GIBBS, Wayt. A última palavra em relógios. In: **Scientific American Brasil**. Ano 1, nº 5. São Paulo: Ediouro – Segmento Duetto Editorial, 2002, pp. 98-105.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GOLDSCHMIDT, Victor. **Temps physique et temps tragique chez Aristote**: commentaire sur la Quatrième Livre de la Physique (10-11) et sur la Poétique. Paris: J. VRIN, 1982.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

HAWKING, Stephen W. **Uma breve história do tempo**: do big-bang aos buracos negros. Tradução de Maria Helena Torres. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

HAZARD JÚNIOR, Geoffrey C. La durata eccessiva del proceso: verso nuove promesse. In: **Rivista di diritto civile**. Ano XXXII. Nº 3. Padova: CEDAM, 1986, pp. 271-284.

HECK, Luís Afonso. O fenômeno jurídico. In: **Revista dos Tribunais**. Nº 681. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 15-33.

HEIDEGGER, Martin. O conceito de tempo. In: **Cadernos de tradução**. Nº 2. Tradução de Marco Aurélio Werle. São Paulo: USP, 1997, pp. 7-39.

HESÍODO. **A origem dos deuses**. Tradução de Jaa Torrano. São Paulo: Iluminuras, 1995.

HOGAN, Craig J. et alli. Mapeando o espaço-tempo com ajuda das supernovas. In: **Scientific American Brasil**. Edição Especial. Nº 1. São Paulo: Ediouro, 2003, pp. 26-33.

HÜHNE, Leda Miranda (Org.). **Razões**. Rio de Janeiro: Uapê/Seaf, 1994.

HUSSERL, Edmund. **Investigações lógicas**: Sexta investigação (elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento). Tradução de. São Paulo: Nova Cultura, 1996 (Coleção Os Pensadores)

JHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Tomo I. Tradução de Heder K. Hoffman. Campinas: Bookseller, 2002a.

\_\_\_\_. **A finalidade do direito**. Tomo II. Tradução de Heder K. Hoffman. Campinas: Bookseller, 2002b.

\_\_\_\_. **Leçons pour une phénoménologie de la conscience intime du temps**. Tradução de Henri Dusort. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. Tradução de João Paulo Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica**: teoria da ciência e prática da pesquisa. Petrópolis: Vozes, 1997.

KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2000.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. 3ª edição. Tradução de Fátima Sá Correia et alli. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **A estrutura normativa dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Mimeografado, 2002.



LESSA, Pedro. **Estudos de filosofia do direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

LUNA, Marcos. **Ano novo**: reflexões sobre o tempo-ser. Salvador: Jornal A Tarde. Caderno Opinião, 2002, p. 8.

LUZ, Madel Terezinha. **Natural, racional, social**: razão médica e racionalidade científica moderna. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

MACIEL, Sônia Maria. A fenomenologia de Merleau-Ponty no contexto do estruturalismo. In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Fascículo nº 199. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 2000, pp. 365-380.

MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**: para o curso de direito. São Paulo: Atlas, 2000.

MARQUES, Edgar da R. et alli. **Verdade, conhecimento e ação** (ensaios em homenagem a Guido Antônio de Almeida e Raul Landim Filho). São Paulo: Loyola, 1999.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **La fenomenologia y las ciencias del hombre**. Buenos Aires: Editorial Nova, s/data.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Tradução de. Lisboa Editorial Estampa, 1989.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito**. Tomo 2. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000b.

\_\_\_\_. **Sistema de ciência positiva do direito**. Tomo 3. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000c.

\_\_\_\_. **Sistema de ciência positiva do direito**. Tomo 4. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000d.

MIRCEA, Eliade. **O mito do eterno retorno**. Tradução de José Antônio Ceschin. São Paulo: Mercuryo, 1992.

MORAIS, José Luís Bolzan de. **A subjetividade do tempo**: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia. Porto Alegre/Santa Cruz do Sul: Livraria do Advogado/ Edunisc, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do Poder** (sistema de direito político: estudo juspolítico do poder). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MORELLO, Augusto M. **La eficacia del proceso**. 2ª edição. Buenos Aires: Hamurabi, 2001.

MORRIS, Richard. **Uma breve história do infinito**: dos paradoxos de Zenão ao universo quântico. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

MUSSER, George. Um buraco no coração da física. In: **Scientific American Brasil**. Ano 1, nº 5. São Paulo: Ediouro – Segmento Duetto Editorial, 2002, 60-61.

NASCIMENTO, Dinalva Melo do. **Metodologia do trabalho científico**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NOVELLO, Mário. **O círculo do tempo**: um olhar científico sobre viagens não-convencionais no tempo. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

PASUKANIS, E. B. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Tradução de Paulo Bezerra. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PENNA, Antônio Gomes. **Introdução à psicologia fenomenológica**. Rio de Janeiro: Imago, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

\_\_\_\_. **Retóricas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

PIETTRE, Bernard. **Filosofia e ciência do tempo**. Tradução de Maria Antonia Pires de C. Figueiredo. Bauru: EDUSC, 1997.

PLATÃO. **Diálogos**. Tradução licenciada da Hemus Editora Limitada. São Paulo: Nova Cultural, 1996 (Coleção Os Pensadores).

POLANTZAS, Nicos. **O Estado, o poder, o socialismo**. 4ª edição. Tradução de Rita Lima. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. **A nova aliança**: metamorfose da ciência. Tradução de Miguel Faria e Maria Joaquina Machado Trincheira. Brasília: UnB, 1996.

PUENTE, Fernando Rey. **Os sentidos do tempo em Aristóteles**. São Paulo: Loyola, 2001.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais**: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RABUSKE, Edvino A.. **Antropologia filosófica**: um estudo sistemático. 8ª edição. Petrópolis: Vozes, 2001.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RE, Edward D. Sovraccarico, olentezza e costi Del processo in U. S. A. In: **Rivista di diritto civile**. Ano XXXII. Nº 3. Padova? CEDEM, 1986, pp. 311-317.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_. **Teoria tridimensional do direito**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_. Tempo e ser. In: Revista Brasileira de Filosofia. Volume LII. Fascículo 211. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 2003.

REIS, José Carlos. **Tempo, história e evasão**. Campinas, Papirus, 1994.

RIBEIRO, Maurício Moura Portugal. A distinção entre cognição e interpretação na teoria da interpretação kelseniana. In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Fascículo 203. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 2002, pp. 358-375.

RICOEUR, Paul. **Tempo e narrativa**. Tomo I. Tradução de Constança Marcondes Ferraz. Campinas: Papirus, 1994.

\_\_\_\_\_. **Tempo e narrativa**. Tomo II. Tradução de Constança Marcondes Ferraz. Campinas: Papirus, 1995.

ROSE, Gilian. **Dialéctica del nihilismo**: la idea de la ley en el pensamiento postestructuralista. Tradução de Alfredo Herrera Patiño. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

RUDIO, Franz Victor. **Introdução ao projeto de pesquisa científica**. Petrópolis: Vozes, 1986.

SALDANHA, Nelson. **A velha e a nova ciência do direito** (e outros estudos de teoria jurídica). Recife: Universitária (UFPE), 1974.

\_\_\_\_\_. **Estudos de teoria do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998b.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SALOMON, Délcio Vieira. **Como fazer uma monografia**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

SAMPAIO, Nelson de Souza. A positivação das normas de conduta como demonstração da subjetividade dos valores. In: **NOMOS – Revista dos Cursos de Mestrado da Bahia, do Ceará e de Pernambuco**. Volume 32, nº 102. Fortaleza: UFBA/UFC/UFPE, 1981, pp. 57-62.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 6ª edição. São Paulo: Cortez, 1999.

\_\_\_\_. **Um discurso sobre as ciências**. 8ª edição. Porto: Afrontamentos, 1996.

SANTOS JÚNIOR, Francisco Alves dos. Tempo e direito: reflexos do tempo filosófico e científico no campo jurídico. In: **Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos**. Nº 27. Bauru: Instituição Toledo de Pesquisa, 2001, pp. 21-55.

SANTOS, Milton. **Técnica, espaço, tempo**: globalização e meio técnico-científico informacional. São Paulo: Hucitec, 1997.

SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 19ª edição. São Paulo: Cortez, 1993.

SMOLIN, Lee. Átomos de espaço e tempo. In: **Scientific American Brasil**. Ano 2. Nº 21. São Paulo: Ediouro, 2004, pp. 56-65.

SNEDDEN, Robert. **Tempo**. São Paulo: Moderna, 1997.

SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

SOUTO, Cláudio. **O que é pensar sociologicamente**. São Paulo: EPU, 1987.

STIX, Gary. Tempo real. In: **Scientific American Brasil**. Ano 1. Nº 5. São Paulo: Ediouro – Segmento Duetto Editorial, 2002, pp. 50-53.

TILLICH, Paul. **A coragem de ser**. Tradução de Eglê Malheiros. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. **Introdução à pesquisa em ciências sociais**: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TURAZZI, Maria Inez; GABRIEL, Carmen Tereza. **Tempo e história**. São Paulo: Moderna, 2000.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. São Paulo: Malheiros, 1998.

VATTIMO, Gianni. **Para além da interpretação**: o significado da hermenêutica para a filosofia. Tradução de Raquel Paiva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

VENEZIANO, Gabriele. O enigma sobre o início do tempo. In: **Scientific American Brasil**. Ano 3. Nº 25. Ediouro, 2004, pp. 40-49.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas eo sistema do direito positivo**. São Paulo: MaxLimonad, 1997.

VILLEY, Michel. **Le droit et les droit de l'homme**. Paris: Presses Universitaire de France, 1983.

WARAT, Luís Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. [colaboração de Leonel Severo Gomes].

WRIGHT, Karen. Os tempos da nossa vida. In: **Scientific American Brasil**. Ano 1, nº 5. São Paulo:Ediouro – Segmento Duetto Editorial, 2002, pp. 71-77.